

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelques aspects juridiques de l'EDI: la nécessité d'un cadre contractuel adapté, la preuve en EDI et les problèmes de responsabilité, in Cahiers de la CITA, EDI 5, août 1993.

Elias, Lieve; KATUS, Sergej

Publication date:
1993

Document Version
Première version, également connu sous le nom de pré-print

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Elias, L & KATUS, S 1993 'Quelques aspects juridiques de l'EDI: la nécessité d'un cadre contractuel adapté, la preuve en EDI et les problèmes de responsabilité, in Cahiers de la CITA, EDI 5, août 1993.'

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Publié avec le soutien des services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles dans le cadre du programme “Pôles d’Attraction Interuniversitaires”

**Quelques aspects juridiques
de l'EDI: Nécessité d'un
cadre contractuel adapté,
la preuve en EDI et
les problèmes de
responsabilité**

Lieve Elias
Sergej Katus

Août 1993

Cahiers de la CITA EDI 5

Table des matières

Table des matières	2
Introduction	4
Chapitre 1: Nécessité d'un cadre contractuel adapté.....	4
Introduction.....	4
1.1. L'accord de communication	6
1.1.1. Terminologie et définition	6
a) le contrat-cadre commercial.....	6
b) les contrats ayant trait aux transactions spécifiques	6
c) l'accord de communication	6
1.1.2. Nécessité d'établir un accord de communication.....	7
1.1.3. Règles et modèles de référence	8
a) les règles UNCID ("Uniform Rules of Conduct for the Interchange of Data")	8
b) modèles d'accord de communication	9
1.1.4. Contenu d'un accord de communication	10
a) l'élément technique	10
b) l'élément juridique.....	10
c) l'élément sécurité.....	11
1.1.5. État de la question en Belgique.....	12
1.1.6. Limites des accords de communication	12
a) Non-opposabilité de l'accord de communication aux tiers	12
b) Droit de la concurrence	12
c) Evolution vers des réseaux EDI ouverts	13
a) les EDIterms	13
b) les profils d'interchange	14
1.2. Les contrats conclus avec les opérateurs privés.....	14
Introduction.....	14
1.2.1. Contenu du contrat de services EDI.....	15
a) Qualité et sécurité du réseau	15
b) Responsabilité de l'opérateur de réseau	15
1.3. Conclusion	16
Chapitre 2: La preuve en EDI.....	16
2.1. Renouveau du débat concernant la preuve	16
2.1.1. Elimination du support papier.....	16
2.1.2. Réduction de l'intervention humaine	17
2.1.3. Encodage des données	18
2.2. Régime de la preuve en droit privé.....	18
2.2.1. Art. 1341 du Code civil : prééminence de l'écrit signé	18
2.2.2. Liberté de preuve en matière commerciale	18
a) Champ d'application de l'article 1341 du Code civil.....	18
b) Appréciation souveraine par le juge	18
2.2.3. L'exigence d'un écrit signé en matière civile	19
a) Exigence d'un écrit.....	19
b) Exigence d'une signature	19
c) Exigence d'un original.....	20
2.3. Aménagement contractuel de la preuve.....	21
2.4. Vers une approche "fonctionnelle"	21
a) équivalent fonctionnel de l'écrit	21
b) équivalent fonctionnel de la signature	21
c) équivalent fonctionnel de l'original.....	22
2.5. Conclusion	22

Chapitre 3. Questions concernant la responsabilité.....	22
3.1. Que faut-il entendre par "responsabilité"?	22
3.2. Responsabilité légale	23
3.2.1. L'intention dans un réseau EDI.....	24
3.2.2. La faute dans un réseau EDI	24
3.2.3 Responsabilité objective dans un réseau EDI	24
3.2.4. Utiliser les règles UNCID pour décider du caractère illicite d'un acte	25
3.3. Responsabilité contractuelle	25
3.3.1. Partage du risque dans un contrat de communication.....	25
3.3.2. Droit à l'indemnisation et tiers co-contractant.....	26
3.4. Imputation du dommage	27
3.4.1. La notion de dommage.....	28
3.4.2. Étendue du dommage.....	28
3.4.3. Lien de causalité.....	28
3.4.4. Etendue de l'indemnisation.....	30
3.5. Aménagement contractuel de la responsabilité.....	30
3.5.1. Les tiers	31
3.5.2. Clauses d'exonération et clauses de garanties	31
3.5.3. Validité des exonérations : liberté des conventions	31
3.5.4. Exonérations non valables	31
3.5.5. Responsabilité des utilisateurs dans un réseau EDI.....	32
3.6. Conclusion	32
Bibliographie	34

Introduction

Sur le marché belge, le recours à l'EDI est de plus en plus fréquent. Cette technologie, issue de la convergence entre les télécommunications et l'informatique, se révèle être une opportunité importante pour acquérir un avantage concurrentiel. Aussi prometteuse soit-elle en termes d'économies de coûts et de temps, elle ne manque pas de susciter des difficultés sur le plan de la sécurité, tant technique que juridique.

En effet, certaines questions relatives à la fiabilité *technique* de l'EDI n'ont pas été résolues jusqu'à ce jour: quels sont les risques de perte des données, de transmission défectueuse ou encore de piratage, quel est le prix d'une sécurisation technique suffisante, etc.?

Par ailleurs, l'EDI suscite nombre de questions sur le plan de la sécurité *juridique*. Il est communément admis que le droit accuse un retard sur les pratiques commerciales. En effet, la plupart des règles juridiques ont été conçues bien avant l'expansion des télécommunications. Or, la disparition du support papier et la dépersonnalisation des communications, combinées à une vitesse accrue et un contexte de transactions de plus en plus international, font de l'EDI un moyen de communication qui s'inscrit peu aisément dans le contexte juridique existant.

L'EDI est une technique en pleine évolution. Ceci explique en partie la réticence du législateur à adapter les règles législatives dont la rigidité fait obstacle à un usage optimal de l'EDI. Outre ce flou législatif, les occasions qu'ont eues les cours et tribunaux d'interpréter la loi, et partant d'actualiser le droit, ont été rarissimes. Face à ce vide juridique, c'est aux utilisateurs EDI qu'il appartient d'anticiper les éventuels conflits. La voie appropriée à cet effet consiste en l'établissement d'un contrat réglant entre utilisateurs EDI les modalités et les conditions techniques et juridiques de la communication. Apparaît dès lors la notion "d'accord de communication" ! De façon idéale, un tel accord devrait intégrer des dispositions ayant trait tant à la sécurité technique qu'à la sécurité juridique ; le contrat devrait également prévoir des dispositions visant l'interaction logique entre ces deux plans.

Pour aborder cette problématique, nous examinerons dans un premier temps la notion d'"accord de communication", sa raison d'être et son contenu souhaitable. Il sera fait état des efforts réalisés aux niveaux national et international dans le but de développer des modèles d'accord. Nous envisagerons également les rapports contractuels entre les utilisateurs EDI et les intermédiaires dans la transmission (**chap. 1**).

Ensuite, nous examinons, au regard du droit belge, certaines questions juridiques que pose l'EDI. Étant donné le cadre restreint de cette étude, nous nous limiterons à deux questions particulièrement sensibles, à savoir :

- la question de la valeur probante des messages dématérialisés (**chap. 2**)
- la question de la responsabilité en cas de transmission défectueuse (**chap. 3**).

Notre étude n'envisage qu'un seul type de flux de données, à savoir les flux commerciaux ou industriels. Il ne faut cependant pas oublier que les flux financiers et les flux à destination des administrations (santé, fiscalité, et autres) sont également concernés par les développements de la technologie EDI.

Dans cet article, il sera occasionnellement fait référence à des interviews effectuées en Belgique à propos des questions juridiques posées par l'EDI.

Chapitre 1: Nécessité d'un cadre contractuel adapté

INTRODUCTION

Divers acteurs interviennent en EDI, chacun poursuivant un intérêt qui lui est propre (voir figure 1).

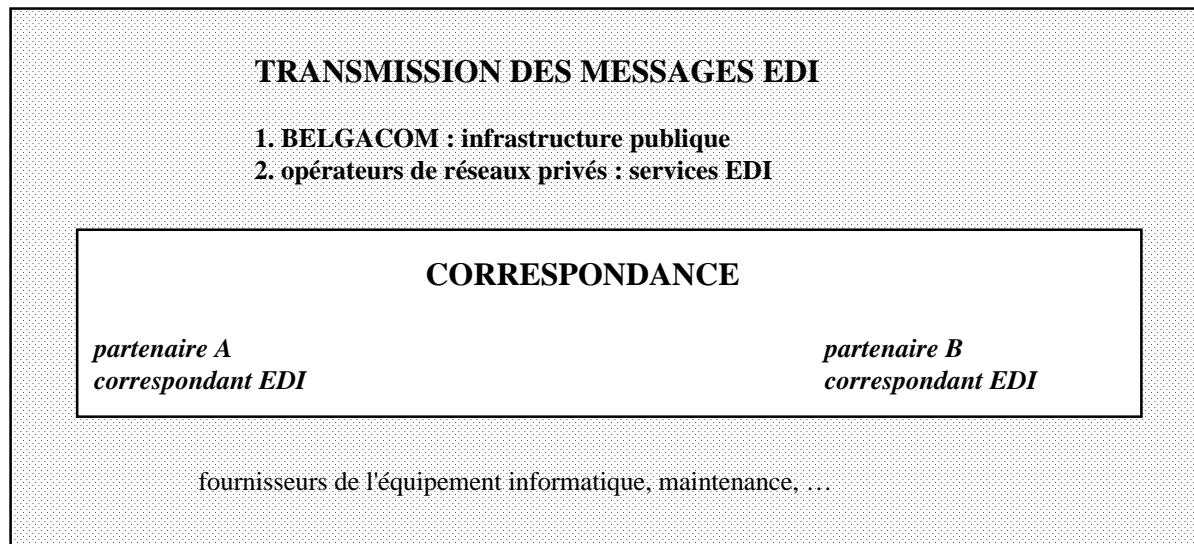


Figure 1: Acteurs d'une relation EDI

On peut distinguer :

- les utilisateurs EDI : leur objectif est que les messages arrivent à destination, sans délai et sans que le contenu des messages ne soit altéré ou lu par un tiers non-autorisé.
- les intermédiaires : ils assurent la transmission des messages EDI : de façon générale, les intermédiaires ont les mêmes intérêts que leurs clients, les utilisateurs EDI. Cependant, à la différence des utilisateurs EDI, ils ne s'intéressent pas au contenu des messages transmis.

Au niveau des intermédiaires de la transmission, il convient d'opérer une distinction entre, d'une part, l'organisme public de télécommunications - Belgacom¹ - et, d'autre part, les opérateurs de réseaux privés (tels que IBM IN, GEISCO, INS, etc.). L'établissement et la maintenance de l'infrastructure publique ainsi que la mise à disposition des liaisons fixes sont confiés en concession exclusive à Belgacom². Les services EDI, par contre, peuvent être fournis en libre concurrence tant par Belgacom que par des opérateurs de réseaux privés³. Actuellement, seuls les opérateurs de

¹ En vertu de la loi de 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (M.B. 27 mars 1991), Belgacom a succédé à la R.T.T. Pour plus d'informations sur le nouveau statut organique de Belgacom, voir notamment:

D. NUCHELMANS, G. PAGANO (1991), "Les entreprises publiques autonomes", *C.H. CRISP*, 1991, n° 1321-1322, pp. 72 et s.

J. DUMORTIER (1991), "De hervorming van de Belgische telecommunicatiemarkt, Overzicht van Titel I, II en III van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de economische overheidsbedrijven", *Computerr.*, 1991/5, pp. 234-247.

² Article 82, 3° et 83, 5° de ladite loi.

réseaux privés offrent des services EDI, Belgacom n'étant pas encore actif dans ce domaine.

- autres : ils gravitent autour des acteurs précités, ce sont les fournisseurs de biens et de services auxquels il devra être fait appel à la fois pour lancer et maintenir le système : les fournisseurs de l'équipement informatique, les conseillers-experts, la société qui s'occupe de la maintenance, les tiers certificateurs, etc.

Il ne fait aucun doute que, par rapport au courrier classique et même par rapport aux moyens de communication plus modernes (tels que le téléfax, le courrier électronique,...), on assiste en matière d'EDI à une multiplication d'acteurs intervenants⁴.

Dans l'ensemble complexe de relations décrit à la figure 1, nous nous concentrons sur deux types de rapports, d'une part, entre les utilisateurs EDI, et d'autre part, entre ces derniers et les opérateurs de réseau privés.

1.1. L'ACCORD DE COMMUNICATION

1.1.1. Terminologie et définition

En règle générale, le cadre contractuel encadrant les relations entre les partenaires commerciaux englobera deux types de contrats : le *contrat-cadre commercial* et les *contrats ayant trait aux transactions spécifiques*. A cela devrait s'ajouter, préalablement à la mise en oeuvre d'un système EDI, un *accord de communication*.

a) le contrat-cadre commercial

Actuellement, l'EDI est le plus fréquemment utilisé dans le cadre de relations économiques suivies, telles que découlant par exemple d'un contrat de fourniture sur plusieurs années. Il est d'usage que les partenaires définissent les conditions de leurs futures opérations dans un contrat-cadre commercial. Ce contrat-cadre n'a pas pour objet la fourniture d'un bien ou service précis mais la description de l'ensemble des opérations à caractère répétitif. Par exemple, dans le cas de la vente, les partenaires détermineront dans le contrat-cadre notamment la qualité du produit, le prix, les délais de livraison, la responsabilité pour les dommages résultant de produits viciés, etc. Or la mise en oeuvre d'un système EDI peut mener les parties à revoir les termes de ce contrat-cadre : raccourcissement des délais de livraison, réduction des stocks, réévaluation des prix, etc.

b) les contrats ayant trait aux transactions spécifiques

Dans le respect de ce qui a été déterminé préalablement dans le contrat-cadre commercial, les partenaires vont conclure des contrats ayant trait à des opérations spécifiques, par exemple la vente d'un tel produit, à livrer à telle date et à tel client. Ces contrats se nouent suite à l'échange entre les partenaires de documents dont certains ont une valeur juridique. Par exemple, un bon de commande envoyé par la partie A, suivi d'un accusé de réception et une facture envoyés par la partie B, donnera naissance à un contrat de vente. Dès la mise en oeuvre d'un système EDI, les documents relatifs à ces transactions pourront être échangés directement entre les applications informatiques des partenaires, sous forme standardisée et avec un minimum d'intervention humaine. Il est à observer que si l'EDI modifie radicalement la façon dont les documents sont transmis, il n'a normalement pas d'incidence sur le contenu

³ Dans l'article 83, la loi énumère les services qui demeurent réservés à titre exclusif à Belgacom : il s'agit du service de téléphonie, de télex, de mobilophonie et de radiomessagerie, les services de télégraphie, la mise à disposition de liaisons fixes ; les services de commutation de données ont récemment été retirés du monopole.

⁴ Voir à cet égard G.K. WANG (1991), *La responsabilité des opérateurs de réseau en EDI*, Etude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes (TEDIS), juillet 1991, p. 32.

des messages. Ainsi, les données constituant un bon de commande seront identiques, quelque soit la façon de transmettre ce document.

c) l'accord de communication

L'utilisation de l'EDI dans les rapports commerciaux supposera également l'accord des partenaires sur le moyen de communication. Il s'agit dans cet accord de fixer les modalités essentielles de cette communication : le choix du langage utilisé, la répartition des frais de transmission, le niveau et les mesures de sécurité, etc. Les négociations trouveront, le cas échéant, leur concrétisation dans un document écrit. La terminologie utilisée pour dénommer ce document est assez abondante et varie suivant les fonctions qu'on lui attribue. Ainsi, on parlera généralement de "*manuel (technique)*" ou d'"accord d'interchange" lorsque le document n'a trait qu'aux aspects techniques de la communication (p. ex. le standard EDI, la description du système, la sécurité technique). Lorsque le document couvre également les aspects juridiques de la communication (p. ex. la valeur probante d'un enregistrement informatique, la détermination de la responsabilité pour les transmissions défectueuses, les obligations en matière de confidentialité des données, la procédure judiciaire en cas de conflit, etc.), ce sera plutôt le terme "accord d'échange"⁵ qui sera utilisé ou encore "*accord de communication*". C'est surtout ce dernier terme qui a fait son entrée dans le vocabulaire juridique⁶. Pour cette raison, nous nous y référons par la suite.

L'accord de communication est un contrat-cadre dans la mesure où il règle les modalités et les conditions de l'ensemble des communications par EDI. Toutefois, contrairement à ce qui vaut pour les contrats-cadre commerciaux, il ne se rapporte pas au contenu des transactions commerciales (le prix, le délai de livraison du produit, etc.), mais à la gestion des informations y afférentes. Cela explique pourquoi certaines questions juridiques seront réglées à la fois dans le contrat-cadre commercial et l'accord de communication, ayant trait respectivement au contenu de l'opération et à la transmission des messages y afférents. Par exemple, une clause de responsabilité dans le contrat commercial réglera la question de dommages résultant d'une livraison d'un produit vicié ou d'un non-respect du délai de livraison, alors qu'une telle clause dans l'accord de communication aura trait à l'hypothèse de transmission défectueuse.

Nous proposons dès lors de définir l'accord de communication de la manière suivante : *un accord de communication est un contrat-cadre entre deux ou plusieurs personnes, utilisateurs EDI dans lequel les modalités techniques et juridiques de l'utilisation de l'EDI sont réglées.*

<i>partenaire A correspondant EDI</i>	<i>partenaire B correspondant EDI</i>
<div>1. contrat- cadre commercial : termes des relations commerciales</div> <div>2. contrats-cadre ayant trait aux transactions spécifiques</div> <div>3. accord de communication : termes de la communication par EDI.</div>	

⁵ Voir à cet égard, E.A. CAPRIOLI (1992), "Les accords d'échange de données informatisées (Problématique et éléments de solution en matière commerciale)", *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, Supplément au n° 37, Mai 1992, pp. 2-9.

⁶ Ce terme a notamment été adopté dans les Règles de conduite pour l'Echange de Données Commerciales par Télétransmission (les règles UNCID).

Figure 2: Cadre contractuel de l'EDI

Dans les relations entre les correspondants EDI, on assiste d'une part à une révision du contrat-cadre, d'autre part à l'établissement d'un accord de communication.

1.1.2. Nécessité d'établir un accord de communication

D'où vient l'importance pour les partenaires d'établir un accord supplémentaire lorsqu'on communique par voie électronique ? Pourquoi cette notion a-t-elle pris de l'importance au fur et à mesure du développement de l'EDI ? On peut citer plusieurs raisons :

a) Il a déjà été dit que le droit accuse un retard par rapport au développement des nouvelles technologies de communication. En effet, les bases du droit positif ont été établies au début du siècle dernier, lors du développement des services postaux et certaines notions n'ont guère évolué depuis lors. Les progrès technologiques sont parfois susceptibles de remettre en question leur applicabilité. Ainsi, par exemple, en matière de preuve, le droit consacre la prééminence du rôle du support-papier, ce qui suscite forcément des difficultés dans un environnement EDI (*infra*, chapitre II). L'écart qui en résulte entre les exigences légales et les pratiques du commerce aboutit à une insécurité juridique qui risque d'entraver un usage optimal de l'EDI. Le législateur est réticent devant une actualisation des lois en fonction d'une technologie en évolution rapide. En effet, une loi, aujourd'hui révolutionnaire, pourrait s'avérer fort incomplète demain. Par ailleurs, les questions évoquées par l'EDI doivent encore être soumises à l'interprétation par la jurisprudence. Comment peut-on combler un tel vide juridique ?

L'établissement d'un contrat peut constituer une réponse. Un contrat est à la fois "l'oeuvre et la loi" des parties. En effet, dans leur contrat, les partenaires conviennent ce que bon leur semble⁷. Par ailleurs, ils sont tenus de respecter ce qu'ils ont convenu et ils sont en droit de recourir aux tribunaux pour en revendiquer le respect par la partie défaillante.

b) Les partenaires doivent se mettre d'accord sur les modalités techniques de la transmission des messages EDI : la norme de communication, l'équipement informatique, les intermédiaires dans la transmission et, non des moindres, les procédures de sécurité technique. Ces modalités techniques, une fois intégrées dans l'accord de communication, acquièrent le caractère d'obligation contractuelle. Le non-respect par un des contractants peut, le cas échéant, mener à la mise en cause de sa responsabilité contractuelle⁸.

1.1.3. Règles et modèles de référence

A l'heure actuelle, l'établissement d'un accord de communication ne suppose plus forcément une procédure coûteuse faisant intervenir des juristes spécialisés. Dans le but de généraliser le recours à la télématique, certaines institutions ont mis à la disposition des utilisateurs d'une part, des règles pouvant servir de base pour l'établissement d'un accord de communication, d'autre part des modèles d'accord :

⁷ Si toutefois ces dispositions ne vont pas à l'encontre de certaines dispositions légales impératives (la notion d'ordre public).

⁸ De façon générale, trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait responsabilité civile : une faute, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Lorsque le préjudice résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle, la responsabilité est contractuelle. Dans les autres cas, elle est délictuelle (si le dommage est voulu par son auteur) ou quasi-délictuelle (lorsqu'il n'est pas voulu par son auteur).

a) les règles UNCID ("Uniform Rules of Conduct for the Interchange of Data")⁹

Les "Règles de conduite pour l'échange de Données Commerciales par Télétransmission" ont été élaborées sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et adoptées le 22 septembre 1987. Il s'agit d'un code de bonne conduite pour les parties échangeant des données commerciales par télétransmission¹⁰. On y trouve notamment des dispositions ayant trait à l'obligation de prendre des précautions lors de l'échange de données par voie électronique, d'identifier l'expéditeur et le récepteur du message, d'envoyer un accusé de réception du transfert et/ou de confirmation du contenu du message, de protéger les données.

Il faut noter qu'on ne trouve dans les règles UNCID aucune trace d'obligation légale. Elles constituent un texte de référence pour l'établissement d'un accord de communication. Lorsque toutefois, les partenaires signent un tel accord, reprenant les règles UNCID, ces règles acquièrent force contractuelle. Il n'en reste pas moins qu'à force de figurer dans bon nombre d'accords de communication, les règles UNCID pourraient prendre la valeur de véritables usages de commerce¹¹. En effet, elles pourraient finir par se transformer en de véritables normes objectives, qui s'imposent à tous les utilisateurs d'EDI et qui, en cas de non-respect, peuvent mettre en oeuvre leur responsabilité délictuelle.

b) modèles d'accord de communication

Certaines institutions ou organisations privées ont pris l'initiative de développer un modèle d'accord de communication. Ces modèles ont un caractère international, national ou sectoriel selon le groupe d'utilisateurs EDI qu'ils visent à atteindre. Leur contenu varie en fonction, d'une part, du régime juridique applicable aux relations entre les utilisateurs EDI et, d'autre part, de leurs besoins spécifiques. A titre d'exemple, le modèle d'accord de communication proposé par la Commission des Communautés Européennes constitue une tentative de conciliation des divergences issues des différents systèmes juridiques des États membres de la Communauté. Les travaux en vue d'élaborer cet accord modèle ont été entrepris en 1989. Après l'établissement d'une version se présentant sous la forme d'un projet final en 1991, des consultations informelles ont été menées. Le projet d'accord modèle est actuellement finalisé dans un projet de recommandation et se trouve dans la phase finale de la procédure destinée à son adoption par la Commission¹².

En outre, un modèle à vocation mondiale est actuellement préparé par le Groupe de Travail n° 4 (W.P. 4) de la Commission Economique pour l'Europe des Nations Unies. Ce modèle verra le jour en 1995.

Dans le tableau repris ci-après, on retrouve les principaux modèles proposés par des organisations institutionnelles. Outre ceux-ci, il existe également nombre d'accords sectoriels. On peut observer que, de façon générale, les modèles s'inspirent largement des règles UNCID.

⁹ C.C.I. (1988), "UNCID, Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission", Paris, I.C.C. Publishing, Publication n° 452, janvier 1988.

¹⁰ Voir l'article 1 des règles UNCID.

¹¹ J. HUET (1991), "Aspects juridiques de l'EDI, Echange de données informatisées", Dalloz Sirey, 1991, n° 91/27, pp. 181-190.

¹² A. TROYE (1993), "L'accord modèle européen pour l'EDI", Actes de la Journée d'information *EDI : les Contrats d'Interchange* organisée par EDIFRANCE et le Forum du droit et des Affaires, Paris, 11 juin 1993.

Tableau 1: Principaux accords-types existants

Accords types établis sur le plan national

- *Accord type d'échange de données électronique entre partenaires commerciaux*, établi par l'American Bar Association (juin 1990) ;
- *Accord standard d'échange de données électroniques*, établi par l'Association britannique d'EDI (2^{ième} édition, 1990) ;
- *Contrat type d'interchange EDI*, établi par le Centre international de recherche et d'études du droit de l'informatique et des télécommunications (France, 1990) ;
- *Accord standard d'EDI*, établi par l'Association néo-zélandaise d'échange de données informatisée (1990) ;
- *Modèle d'accord pour l'échange de données informatisé entre partenaires commerciaux*, établi par le Conseil canadien pour l'échange de données informatisé (Canada, 1990) ;
- *Modèle d'accord d'échange de données*, établi par le Ministère des communications de la province du Québec (Canada, 1990) ;
- *Projet d'accord type d'échange de données*, établi par l'Organisation pour la simplification des procédures du commerce international en Afrique du Sud (1990) ;
- *Accord EDIFORUM*, établi par EDIFORUM (1991, Pays-Bas) ;
- *Modèle d'accord d'échange de données électroniques entre partenaires commerciaux*, établi par le Conseil australien pour l'échange de données informatisées (Australie, 1990)

Accords types internationaux portant sur l'EDI en général

- *Projet d'accord type européen pour l'EDI*, établi par la Commission des Communautés européennes (1990) ;
- *Accord type sur le transfert de données dans le commerce international*, conclu entre la République de Finlande et les États membres du CAEM (1991).

Accords types internationaux limités à certaines questions juridiques

- *Projet de directive concernant les accords d'échange de données douanières et commerciales et les manuels d'utilisateurs de l'EDI*, établi par le Conseil de coopération douanière (1990) ;
- *Directives pour les accords d'échange de données*, établies par l'Organisation de données échangées par télétransmission en Europe (199)
- *Règles du CMI relatives aux connaissances électroniques*, adoptées par le Comité maritime international (CMI) (1990).

Source : notamment C.N.U.D.C.I., Doc. A/CN. 9/350 du 15 mai 1991, p. 19-20

1.1.4. Contenu d'un accord de communication

En matière contractuelle, le principe de l'autonomie de la volonté prévaut. En vertu de ce principe, les partenaires sont libres de déterminer le contenu de leur contrat. Les modèles d'accord de communication, dont il fut question dans le point précédent, peuvent toutefois servir de base. On rappelle que ces modèles restent d'application facultative et que rien n'empêche dès lors les utilisateurs de les adapter en fonction de leurs besoins spécifiques.

Nombre d'auteurs ont souligné qu'il est essentiel de retrouver dans un accord de communication trois éléments constituant un ensemble cohérent : 1° l'élément technique, 2° l'élément juridique, et 3° l'élément technico-juridique, à savoir la sécurité :

a) l'élément technique

L'élément technique a trait notamment aux messages EDI adoptés, aux normes à respecter, à l'équipement informatique et aux logiciels, aux intermédiaires dans la transmission, aux opérateurs de réseau, etc...

Il est utile de réunir les dispositions ayant trait aux conditions techniques de l'échange dans un annexe technique auquel l'accord de communication renvoie comme faisant partie de ce dernier. En agissant de telle sorte, les parties évitent une structure trop lourde des dispositions de l'accord. En outre, les partenaires restent à même de réagir à l'évolution des conditions techniques de l'échange sans devoir modifier le contenu du corps de l'accord.

b) l'élément juridique

Outre l'élément technique, l'accord de communication doit apporter des réponses aux questions auxquelles la loi ne répond pas. Dans ce qui suit, nous reprenons les principales questions qu'il convient de prendre en considération.

- définition du champ d'application de l'accord de communication

Il est utile de reprendre au début du contrat une liste des définitions des termes utilisés. Cette liste facilite la compréhension et l'interprétation des nouveaux concepts par les partenaires, et le cas échéant, par le juge.

- définition du champ d'application

L'introduction de l'EDI n'exclut pas la transmission de documents par d'autres moyens (courrier postal, télex, téléfax, ...). Il importe donc de délimiter le champ d'application de l'accord de communication aux seules transactions conclues par EDI, faute de quoi les dispositions parfois plus souples de l'accord de communication pourraient s'appliquer quelque soit le moyen de communication par lequel la transaction a été conclue.

- la preuve

Les règles légales en matière de preuve sont mal adaptées à la nature des transactions EDI. Pensons notamment à l'exigence d'un "original" ou d'un "écrit signé" pour prouver l'existence ou le contenu d'un droit ou d'une obligation. Il est toutefois loisible aux utilisateurs EDI d'aménager, par voie contractuelle, des règles en matière de preuve en fonction de leurs besoins spécifiques.

- date et lieu de formation du contrat

La détermination de la date de formation d'un contrat peut revêtir une importance pratique, lorsque, par exemple, dans un marché à prix variables, les partenaires ont convenu que les prix seront déterminés au moment de la formation du contrat. De même, le lieu de formation du contrat peut être un critère de détermination de la juridiction compétente ou de la loi applicable au contrat. Ces questions ne sont pas nouvelles et déjà avant l'apparition de l'EDI, il était de bon usage de les régler dans un contrat. Le fractionnement propre au chemin à parcourir par un message EDI (application informatique, différents noeuds du réseau, passage

par un tiers certificateur, boîte à lettres électronique, etc.) rend toutefois nécessaire des réponses plus précises¹³.

- responsabilité des partenaires EDI

Le développement des nouvelles technologies a indéniablement une incidence sur les risques liés à la communication. A cet égard, il est courant de comparer l'EDI au transport aérien : si le risque d'un accident est relativement réduit, les conséquences sont souvent dramatiques. La question de la responsabilité pour les dommages résultant de transmissions défectueuses, du fait des partenaires ou d'un intermédiaire dans la transmission, mérite d'être scrupuleusement prise en compte. Nous reviendrons sur ce problème de responsabilité dans le chapitre 3.

- litiges

Lorsque les partenaires EDI relèvent de régimes juridiques différents ou lorsque les transactions effectuées par EDI mettent en présence des éléments internationaux, les dispositions contractuelles pourraient donner suite à des interprétations conflictuelles. Afin d'éviter des ambiguïtés, les partenaires peuvent déterminer dans l'accord de communication qui sera, en cas de conflit, le juge appelé à trancher le conflit et quel sera le droit applicable.

Par ailleurs, les litiges ne doivent pas forcément faire l'objet d'une procédure devant les tribunaux. Souvent coûteuse en termes financiers, une telle procédure risque de surcroît de nuire à la qualité des relations et à l'image des entreprises concernées. Pour ces raisons, certains utilisateurs préféreront confier leurs conflits à un arbitre indiqué dans l'accord.

c) l'élément sécurité

Le troisième élément essentiel d'un accord de communication concerne le niveau de sécurité que les partenaires souhaitent atteindre lors de la transmission des messages EDI. Ce niveau sera notamment déterminé en fonction de la nature des transactions effectuées par EDI et la sensibilité des données. Selon le cas, les partenaires se contenteront de s'assurer de l'identité de l'émetteur des messages (*identification*) et de vérifier si le contenu a été correctement transmis (*intégrité*) ou ils souhaiteront s'assurer qu'aucune personne non-autorisée n'a eu accès aux messages pendant ou après la transmission (*confidentialité*).

Les obligations auxquelles peuvent s'engager les partenaires sont multiples : signature électronique, cryptographie, message d'accusé de réception et de confirmation du contenu des messages, stockage des données, etc. Lorsque ces obligations sont précisées dans l'accord de communication, elles acquièrent le caractère d'obligation contractuelle. Les détails techniques peuvent figurer dans les annexes techniques.

1.1.5. État de la question en Belgique

Lors d'interviews effectuées auprès d'utilisateurs EDI en Belgique, on a pu observer un lien causal entre le stade de développement du système EDI et la façon dont les aspects juridiques sont pris en considération. Deux tendances peuvent être soulignées :

- La plupart des applications EDI belges sont au stade de projet pilote. A ce stade, le nombre de correspondants EDI est plutôt restreint. Il s'agit de partenaires avec lesquels des relations durables ont été établies. Le nombre de types de messages est également limité. Ce groupe fermé d'utilisateurs investit beaucoup de temps et d'énergie dans les aspects techniques de la mise en oeuvre du système EDI. Les

¹³ Pour une analyse approfondie de cette question, voy. L. ELIAS, J. GERARD (1991), *La formation des contrats par EDI*, Etude réalisée à la demande de la Commission des Communautés Européennes (TEDIS), juillet 1991, pp. 33-62.

questions juridiques restent souvent négligées. Les correspondants estiment le risque d'un litige plutôt restreint principalement en raison de deux choses : d'une part, ils ont confiance dans le système technique, d'autre part, ils espèrent pouvoir régler à l'amiable leurs conflits éventuels.

- Une minorité d'utilisateurs belges dispose d'un système EDI réellement opérationnel. De nouveaux types de messages EDI ont été adoptés, le nombre de partenaires s'est étendu. On évolue du concept de "groupe fermé" vers celui de "groupe ouvert"¹⁴. A ce stade, le projet EDI ne concerne plus que les services techniques : toute l'entreprise est concernée. Les aspects juridiques de la communication par EDI sont également pris en considération. L'élargissement du groupe d'utilisateurs de même que l'importance accrue des transactions EDI implique la nécessité de se couvrir du risque d'un litige. A cet effet, l'établissement d'un accord de communication est considéré comme la meilleure solution. Il faut toutefois noter qu'actuellement, il s'agit principalement d'accords sectoriels ce qui n'est guère surprenant. Un modèle d'accord de communication national tel qu'existant par exemple aux Pays-Bas ou en Grande-Bretagne, n'est pas disponible à l'heure actuelle. Par ailleurs, la version finale de l'accord de communication européen n'a été mise à la disposition des utilisateurs EDI qu'en mai 1991 et une version française du texte n'est pas encore disponible.

1.1.6. Limites des accords de communication

a) Non-opposabilité de l'accord de communication aux tiers

Les accords de droit privé n'ont effet qu'entre les parties contractantes. Ils ne créent ni droit ni obligation dans le chef de tiers. Ainsi, les accords de communication ne sont pas opposables aux administrations publiques, ni aux intermédiaires dans la transmission même si ceux-ci sont concernés par la relation EDI.

b) Droit de la concurrence

Selon E.A. Caprioli (1992), l'accord de communication "*risque de produire des effets anti-concurrentiels du fait de la puissance économique de la partie qui s'impose*". L'existence de modèles d'accord de communication ne constituerait pas une réponse adéquate à ce problème, étant donné la marge de liberté qu'ils laissent aux partenaires sur de nombreux points, telle que l'annexe technique. Le partenaire le plus puissant peut imposer des niveaux d'équipements et de sécurité constituant des investissements lourds pour les partenaires plus faibles. Pour cette raison, E.A. Caprioli estime souhaitable que les aspects techniques et sécurité des modèles soient normalisés.

c) Evolution vers des réseaux EDI ouverts

Comme il a été dit précédemment, plusieurs organisations sectorielles, nationales et internationales se sont efforcées d'établir un modèle d'accord de communication adapté aux besoins des utilisateurs EDI qu'elles représentent. Dans le contexte actuel de l'existence de réseaux EDI fermés, ces modèles constituent indéniablement un acquis positif : ils fournissent un cadre juridique adapté aux besoins des utilisateurs EDI qui font partie d'un groupe fermé et qui ont décidé de faire du commerce par EDI à long terme.

Certains auteurs font remarquer qu'au fur et à mesure qu'on évolue vers un environnement EDI plus ouvert où les acteurs sont susceptibles de rentrer en relations occasionnelles, les

¹⁴ On peut également constater qu'on évolue vers des standards ouverts, tels que EDIFACT.

modèles d'accord de communication risquent de manifester leurs limites, voire de constituer un frein au développement de l'EDI. Deux difficultés peuvent être repérées :

- le foisonnement des modèles d'accords de communication comporte en soi le risque d'incompatibilité. Prenons l'exemple d'utilisateurs EDI américain et européen qui veulent s'envoyer des messages EDI. Leur entrée en relation d'affaires sera soumise à des négociations relatives au choix de l'un ou l'autre modèle d'accord de communication, voire l'établissement d'un nouvel accord qui réunit les intérêts des toutes les parties. La vitesse des transactions s'en verrait sérieusement hypothéquée.
- S'agissant de contrats, les accords de communication n'acquièrent de force obligatoire que par la signature des partenaires. Signature dans le sens usuel du terme, bien entendu, c'est-à-dire manuscrite et sur papier! Voilà un autre frein potentiel au développement des relations EDI entre partenaires éloignés.

Certaines institutions internationales ont engagé une réflexion sur la problématique des limites des accords de communication. Comme on l'a mentionné, le "groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international" de la Commission économique pour l'Europe des Nations-Unies examine actuellement les possibilités d'un accord de communication à vocation universelle¹⁵. Par ailleurs, le "groupe de travail EDI" de la Chambre Internationale de Commerce approfondit deux concepts novateurs : les "EDITerms" et les "profils d'interchange".

a) les EDITerms

Le concept d'EDITerm a été avancé par P. Brousse (1992). Il emprunte sa dénomination et sa logique aux INCOTERMS¹⁶. Ces derniers sont la formalisation, et par delà la normalisation, par la C.C.I. des règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux les plus utilisés dans le secteur de transport. Par la simple mention d'un code des Incoterms dans un document relatif à une expédition de marchandises international, on renvoie à tout un régime juridique relatif à l'opération tel qu'il a été codifié par la C.C.I. Ainsi, les partenaires à un contrat de vente internationale évitent toute possibilité d'équivoque, résultant de l'interprétation différente d'un pays à l'autre.

A l'instar des Incoterms, des EDITerms pourraient être créés pour préciser les obligations des parties à un échange de données informatisé. Comme les Incoterms, les EDITerms

*"se définissent comme des données codées, transportées dans un segment ad hoc du message EDI et traitant, par renvoi à un dictionnaire extérieur, tout ou partie du régime juridique de ce message ou de l'opération commerciale à laquelle ils participent"*¹⁷.

La difficulté du concept, ainsi que le souligne P. Brousse, se situe toutefois sur le plan de la conception des régimes juridiques des messages. Alors que les Incoterms renvoient à une codification d'usages internationaux existant depuis longtemps, il n'existe pas de tels usages

¹⁵ TRADE/WP. 4/ R.697, 6 août 1992.

¹⁶ C. XUEREF, P. BROUSSE (1992), "Les Editerms pour traiter les problèmes juridiques de l'Echange de Données Informatisées, D.I.T., 1992/3, pp. 7-13.

E. A. CAPRIOLI (1992), "Les limites des accords de communication : la solution des Editerms, Actes de la Journée d'information EDI : les Contrats d'Interchange, op.cit.

Th. PIETTE-COUDOL (1992), "Quelle place pour l'Editerm parmi les instruments juridiques de validation de l'EDI?", Actes de la Journée d'information, op.cit.

C.C.I., Document n° 460-10/Int. 48.

¹⁷ C. XUEREF, P. BROUSSE (1992), op.cit., p. 11.

en matière EDI. Bien plus qu'une codification, les EDIterms seraient donc une création de règles.

b) les profils d'interchange

La notion de "profil d'interchange", développée par Th. Piette-Coudol, découle directement des techniques de télécommunications. Le modèle conceptuel de télécommunications de l'ISO est un modèle en sept couches. De façon générale, les fonctionnalités des équipements de télécommunications s'étendent sur plusieurs couches de ce modèle ISO, reprenant sur chaque couche concernée, une norme qui sache recevoir les données d'une norme précédente et qui sache encore les transférer de façon compréhensible pour la norme de la couche de dessus. Le "profil fonctionnel" de l'équipement de télécommunications est la tranche verticale de normes sur les couches du modèle ISO.

Parallèlement à la normalisation sur le plan des techniques de télécommunications, une normalisation des échanges devrait se développer au niveau juridique. Comme nous l'avons souligné, un accord de communication consiste en trois éléments essentiels qui doivent former un ensemble cohérent : l'élément juridique, technique et sécurité. De la même manière, on pourrait parler des couches d'un accord de communication. Or, force est de constater que les quelques messages EDI actuellement échangés en grand nombre, tels que la facture et le bon de commande, sont soumis à des régimes totalement différents : alors que le bon de commande connaît la liberté de forme et de preuve, la facture doit pour être valable respecter des exigences formalistes et des mentions obligatoires. Cette diversité de messages et de situations juridiques se traduit déjà aujourd'hui dans une diversité sur le plan des accords de communication. Partant de cette constatation, Th. Piette-Coudol (1992) avance l'idée d'élaborer des *"scénarios juridique préétablis qui associent harmonieusement des éléments juridiques, techniques et sécuritaires en rapport avec une relation EDI déterminée"*. Ces scénarios qu'il appelle des 'profils d'interchange' devraient être créés par des organisations représentatives et portés à la connaissance du public par divers moyens. Plutôt que de préparer un accord de communication, les partenaires peuvent, dans un segment du message EDI, faire référence au profil d'interchange qui gouverne la relation EDI.

1.2. LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES OPERATEURS PRIVES

Introduction

Pour transmettre les messages EDI, l'intervention de tiers intermédiaire est indispensable.

Outre l'organisme public de télécommunications qui fournit l'infrastructure ou les lignes louées, le rôle que jouent les opérateurs de réseaux privés devient de plus en plus important. Les services offerts par ces derniers englobent notamment la transmission des messages EDI dans les réseaux, la traduction et le formatage des messages, le stockage de certaines données, la conversion des protocoles d'accès, le service d'encryptage, etc.

Dans l'exécution de leurs obligations, les opérateurs doivent assurer un certain niveau de qualité (vitesse de la transmission, disponibilité du réseau, etc.) et respecter un certain niveau de sécurité.

Comme nous l'avons souligné précédemment, les obligations d'un tiers intermédiaire ne peuvent être précisées dans le contrat d'interchange. En effet, un tel accord n'est opposable qu'aux seules parties contractantes, à savoir les utilisateurs EDI. La définition du niveau de performance et de sécurité, ainsi que l'attribution de la responsabilité pour des erreurs dans la transmission feront l'objet d'un contrat conclu entre les utilisateurs EDI et l'opérateur de

réseau. En s'inspirant de la terminologie anglophone, on désignera ce type de contrat de "contrat de services EDI"¹⁸.

1.2.1. Contenu du contrat de services EDI

Les parties contractantes - à savoir d'une part, l'opérateur de services, d'autre part, l'utilisateur de ses services EDI - négocient librement le contenu de leur contrat.

Certaines études ont toutefois démontré que les opérateurs de réseau ont tendance à imposer à leurs clients des clauses contractuelles, minimalisant à la fois le niveau de performance et la responsabilité en cas de transmissions défectueuses. A cette fin, ils définissent des clauses dont la clarté laisse beaucoup à désirer ou ils ont recours à des formulations qui vident les clauses de leur contenu. Avant de signer un contrat de services EDI, le client devrait comparer les conditions contractuelles proposées par les différents opérateurs de services EDI et veiller à ce qu'elles correspondent à ses besoins en matière de qualité et sécurité du service de même qu'en matière de responsabilité.

a) Qualité et sécurité du réseau

L'utilisateur EDI doit vérifier quels sont les garanties en matière de :

- disponibilité du réseau : combien d'heures par jour le réseau est-il disponible et quel est la capacité du réseau?;
- fiabilité : garanties relatives au caractère complet et correct des messages transmis, procédures de recherche et de retransmission des messages perdus, etc. .
- confidentialité : protection de l'accès au réseau, mesures de prévention et de détection d'accès non-autorisés.

b) Responsabilité de l'opérateur de réseau

Les opérateurs de réseau ont recours à plusieurs techniques pour aménager la portée de leur responsabilité. A titre d'illustration, nous donnons quelques exemples de clauses qu'on retrouve régulièrement dans les contrats proposés par les opérateurs.

- Qualification des obligations comme des obligations de moyen et non de résultat. L'importance pratique se situe surtout le plan de la preuve, lorsque l'utilisateur subit un dommage suite à une transmission défectueuse. Si l'opérateur s'engage à un résultat bien précis, il suffit au client de prouver que le résultat n'a pas été atteint. Dans l'autre cas, le client est tenu d'apporter la preuve difficile d'une négligence de l'opérateur.
- Clauses d'exonération de responsabilité pour le fait du tiers, à la fois pour les défaillances des organismes de télécommunications et pour tout autre opérateur de réseau auquel il est fait appel pour établir une interconnexion ;
- Exclusion de la réparation de certains types de dommages. En les qualifiant de dommages indirects ou imprévisibles, les opérateurs de réseau excluent régulièrement toute responsabilité pour des dommages tels que le manque à gagner, l'augmentation des frais généraux, la perturbation du planning, la perte de clientèle, etc. ou en limitent les réparations à un montant maximum par type d'événement ou par période.

¹⁸ En anglais 'EDI service providers contract'.

- Stipulations ayant trait à la preuve, rendant plus difficile l'apport de la preuve par le client d'une défaillance dans le chef de l'opérateur de réseau¹⁹.

La question de la responsabilité sera approfondie dans le chapitre 3.

1.3. CONCLUSION

Il n'est à ce jour plus contesté que l'EDI évoque certains problèmes juridiques. Ces dernières années, les juristes leur ont porté un intérêt croissant. Leurs recherches dans le domaine ont mené à la conclusion qu'actuellement, la sécurité juridique relève en premier lieu de la responsabilité des utilisateurs concernés. La voie appropriée à cet effet consiste en une révision par les utilisateurs EDI du cadre contractuel existant et une adaptation aux conditions du nouveau contexte de la communication par EDI. Le rôle qu'est appelé à jouer le juriste lors de phases préliminaires de la mise en oeuvre de l'EDI est d'une importance considérable. En guise de conclusion, nous reprenons quelques recommandations pertinentes, telles qu'elles ont été avancées par H. Schutte (1993). Selon ce dernier, le juriste devrait :

- être concerné par le projet EDI aussi tôt que possible ;
- faire partie d'un groupe interdisciplinaire à la fois à l'intérieur de l'entreprise et avec les partenaires commerciaux (experts techniques, management, ...) ;
- essayer d'atteindre un équilibre entre les termes de l'accord de communication et les termes des contrats conclus avec les intermédiaires dans la transmission ;
- intégrer tous les aspects pratiques dans l'accord de communication ;
- faire un accord de communication aussi standard que possible²⁰.

Chapitre 2: La preuve en EDI

2.1. RENOUVELLEMENT DU DEBAT CONCERNANT LA PREUVE

La problématique de la preuve en matière d'informatique n'est pas nouvelle. Le débat a été lancé il y a bien des années. On peut toutefois dire que l'EDI a renouvelé ce débat en raison de certaines particularités à savoir l'élimination du support papier, la réduction de l'intervention humaine et l'encodage des données.

2.1.1. *Elimination du support papier*

Lorsqu'on examine l'évolution des technologies de la communication, on peut constater que le remplacement du support papier par des supports informatiques a été réalisé progressivement²¹, et qu'à chaque phase, il a été inspiré par des motifs spécifiques.

- L'informatique a d'abord joué un rôle sur le plan du traitement et du stockage de données sur support informatique. Les nouveaux procédés de conservation (microfiche, microfilm, bande magnétique) ont permis une meilleure maîtrise de l'espace de stockage et de traitement des informations.

¹⁹ Pour une analyse plus approfondie de cette question, voir. L. ELIAS, J. GERARD, G.K. WANG avec la collaboration de P. BELLEFLAMME (1992), *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahier du C.R.I.D., n° 8, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, pp. 186-202.

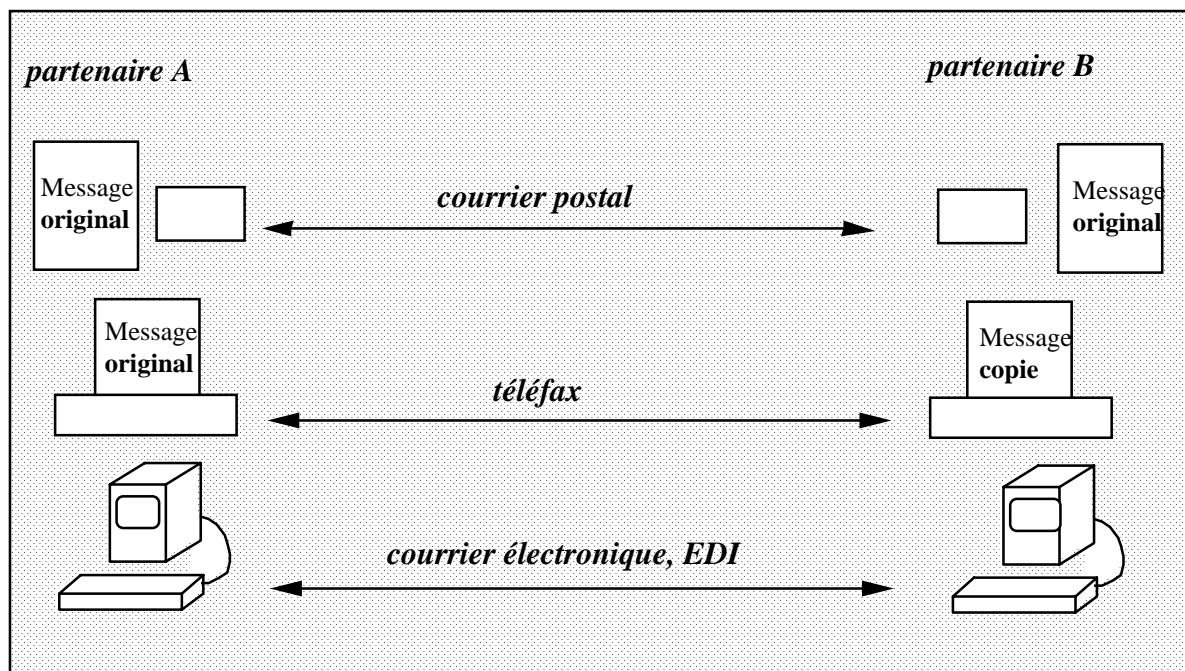
²⁰ H. SCHUTTE (1993), "Case study on interchange agreements", Actes de la Journée d'information *EDI : les Contrats d'Interchange*, EDIFrance et Forum du droit et des Affaires, Paris, 11 juin 1993.

²¹ Dans le même sens, I. de LAMBERTERIE (1992), 'La valeur probatoire des documents informatiques dans le pays de la C.E.E.', *R.I.D.C.*, n°3, 1992, p. 643, qui distingue deux périodes : celle ayant précédé l'explosion de la télématique et la période qui l'a suivie.

- Avec le développement de la télématique, il devint possible de transmettre des documents par voie électronique. L'on passait ainsi à une communication presque "en temps réel", ce qui signifiait une progression à pas de géant par rapport à la circulation des documents papier. Force est de constater que les premières applications de la télématique n'ont pas forcément mené à la suppression du papier. En raison tantôt des contraintes imposées par le moyen de communication (par exemple le téléfax), tantôt des habitudes profondément enracinées d'imprimer les messages reçus, le volume du papier en circulation semble parfois avoir augmenté à rythme croissant.

- L'introduction de l'EDI est généralement, mais pas uniquement, inspirée par un désir de réduire la circulation de documents-papier. Grâce à l'encodage des données et la structuration des messages, la transmission et le traitement des messages peuvent être effectués par les applications informatiques des partenaires. Par ailleurs - par opposition au télex et au courrier électronique qui assurent une transmission des données sous forme linéaire -, l'EDI offre l'avantage de permettre la transmission de documents dans un format particulier²². Dorénavant, le recours au support papier n'est plus une condition indispensable ni à la création ni au transfert ni à l'interprétation des documents²³.

Reste toutefois la question de savoir si, en l'absence de support papier, les utilisateurs ne se trouvent pas désavantagés sur le plan probatoire. En d'autres mots, la prudence commande-t-elle à l'heure actuelle aux utilisateurs EDI d'exiger une confirmation écrite lors de la réception d'un message EDI important ?



²² I. WALDEN, N. SAVAGE (1989), "The legal problems of paperless transactions", *Business Law*, 1989, p. 104.

²³ Le message peut être conservé par l'émetteur ou le récepteur du message, ainsi que par une tierce partie jouant le rôle de tiers certificateur. Voir à cet égard, S. DENIS (1991) in M. ANTOINE, M. ELOY et J.-F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahier du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 186-202.

Figure 3: La disparition du document papier dans la communication

2.1.2. Réduction de l'intervention humaine

L'EDI est en essence une communication entre applications informatiques. La réduction voire l'élimination de l'intervention humaine est considérée comme un élément essentiel de cette technologie. Il convient toutefois d'examiner si l'idée d'une transmission et d'un traitement de documents en-dehors de toute intervention humaine est concevable sur le plan de la preuve.

2.1.3. Encodage des données

La diversité des langues est depuis toujours ressentie comme un facteur désintégrateur sur le plan du commerce tant national qu'international²⁴. Ainsi, une transaction commerciale au sein de la C.E.E. nécessite en moyenne cinq ressaisies et une trentaine de documents sont échangés à chaque opération²⁵. L'EDI offre une solution gracieuse à ce problème : l'adoption de standards contient en soi la promesse d'une communication "sans peine" entre les applications informatiques des partenaires. Par ailleurs, un système permettant la restitution des messages sous forme lisible devient une condition pour la lisibilité des documents EDI par des non-experts.

2.2. REGIME DE LA PREUVE EN DROIT PRIVE

2.2.1. Art. 1341 du Code civil : prééminence de l'écrit signé

Le droit civil consacre le système de la preuve légale : le législateur définit les moyens de preuve admis en cas de litige et détermine leur hiérarchie. La loi ne peut autoriser les parties à administrer la preuve par un moyen autre que ceux prévus par elle. Dans la hiérarchie des moyens de preuve, l'écrit signé (d'après les termes de la loi, "acte sous seing privé") bénéficie d'une prééminence sur tous les autres moyens de preuve. L'article 1341 du Code civil détermine qu'"il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 15000 FB, ... ; il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant". Comme on le verra ultérieurement, l'assimilation de l'enregistrement informatique à la notion d'"écrit signé" pose problème, ce qui met en cause son utilité en tant que preuve de l'existence et du contenu de la transaction à laquelle il a trait. D'emblée, il convient toutefois d'indiquer les domaines qui échappent au règlement strict de l'article 1341 du Code civil.

2.2.2. Liberté de preuve en matière commerciale

a) Champ d'application de l'article 1341 du Code civil

Si l'article 1341 du Code civil constitue le principe de base du régime probatoire, il n'en reste pas moins que son champ d'application est plutôt restreint. En effet, la règle de la seule admissibilité de l'écrit signé ne règne qu'en matière civile pour les actes dont la valeur excède 15 000FB. Par contre, le principe de la libre admissibilité des moyens de preuve prévaut pour toute transaction 1° ayant une valeur moindre que 15 000 FB ou 2° ayant un caractère commercial. Etant donné que l'EDI s'inscrit principalement dans un contexte commercial, les utilisateurs pourront donc normalement produire des enregistrements informatiques à titre probatoire.

²⁴ La Commission européenne consacre neuf langues officielles. La Belgique à elle seule en consacre trois...!

²⁵ S. BLOCH (1991), *EDI : Echange de données informatisées*, Tome 1, Eyrolles, Paris, 1991, p. 7.

b) Appréciation souveraine par le juge

L'admissibilité d'enregistrements informatiques ne pose pas de problèmes en matière commerciale ni pour les transactions ayant une valeur inférieure à 15 000 FB. Il est toutefois à noter qu'il appartient au juge d'en apprécier la *valeur probante*. Afin d'emporter sa conviction, les utilisateurs EDI devront, à l'évidence, démontrer que leurs méthodes d'enregistrement permettent de préserver les messages expédiés et reçus dans leur format original. A cet effet, il est indispensable de rencontrer à tout le moins les règles de bonne conduite en matière de télétransmission, à savoir les règles UNCID. Dans l'article 10 de ces règles, on retrouve les obligations des partenaires 1° de s'assurer qu'un journal complet est tenu pour tous les transferts expédiés et reçus, sans aucune modification, 2° de garantir que les messages sont accessibles sous forme lisible, 3° de prendre les dispositions qui s'avèrent nécessaires pour que le journal constitue un enregistrement fidèle des messages expédiés et reçus, et 4° de veiller à ce que la personne responsable ou une tierce partie puisse le cas échéant certifier l'exactitude du journal et de toute reproduction faite à partir de ce journal. La sécurité juridique ne va pas sans la sécurité technique. En cas de conflit, l'utilisateur se verra contraint de prouver que son système assure un niveau de fiabilité égal ou supérieur à celui propre à l'utilisation de documents papier. Comme le dit à juste titre A. Madelin (1987), "*On n'insistera jamais assez sur la nécessité d'investir dans la sécurisation des systèmes d'information, sans laquelle les actions a posteriori resteront extrêmement inefficaces*"²⁶.

Il est à déplorer que, même en agissant de la sorte, un utilisateur EDI puisse se heurter à une opinion publique parfois défavorable²⁷ contre les outputs d'ordinateur, une opinion dont le juge pourrait le cas échéant être l'émanation. Une juste appréciation de la fiabilité de supports informatiques suppose des compétences techniques dans le chef du juge, compétences dont ne disposera pas forcément ce dernier. S'agit-il d'une faiblesse de notre système judiciaire ? Certains auteurs prônent l'idée d'une assistance *systématique* du juge par un expert neutre, chaque fois que l'élément informatique joue un rôle prépondérant²⁸. D'autres vont plus loin dans la mesure où ils avancent l'idée de la création de cours et tribunaux chargés de toutes les affaires ayant trait aux nouvelles technologies de l'information²⁹. Ces idées s'avèrent intéressantes, ne fut-ce que par le fait qu'elles mettent en évidence la résistance qu'éprouve la communauté juridique envers les innovations technologiques.

2.2.3. L'exigence d'un écrit signé en matière civile

Nous ne pouvons passer sous silence l'hypothèse - rare en EDI - où il s'agira de prouver contre un non-commerçant. Celui qui souhaite prouver contre un non-commerçant l'existence et le contenu d'un acte juridique dont la valeur dépasse 15 000FB, se voit contraint de produire un écrit signé (article 1341 C. civ., supra). Il convient de se demander si les enregistrements informatiques des messages EDI peuvent recevoir la qualification d'"acte sous seing privé". Il s'avère que cette notion couvre trois concepts-clés : l'écrit, la signature et l'original.

²⁶ A. MADELIN (1987), En préface de l'ouvrage *Informatique et droit de la preuve*, éd. Des Parques, 1987.

²⁷ Voir notamment R. BRADGATE (1989), "Evidential issues of EDI" in I. WALDEN (ed.), *EDI and the law*, Blenheim Online, London, 1989, p. 9.

²⁸ Voir dans le même sens, C. LUCAS de LEYSSAC (1987), "Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique", *Expertises*, n° 97, juillet-août 1987, p. 262.

²⁹ Voir dans ce sens : E. DUMBILL (1992), "Computer Misuses Act 1990, Cropp and Other Developments", *A.C.C.L.*, september 1992, Vol. 9, n° 8, : "*it may very well be that the average judge is out of touch and ill equipped to deal with legislation which impreges upon advanced information technology. Consideration should be given to the creation of specialist courts (...) to which all cases primarily concerned with information technology can be assigned*".

a) Exigence d'un écrit

La notion d'écrit n'est pas précisée dans la loi. De la doctrine, elle reçoit généralement une interprétation libérale. D'après Y. Pouillet (1992), on reconnaît comme écrit *'tout document reproduisant de façon suffisamment durable la volonté d'une personne par des signes susceptibles d'être lus, grâce à un procédé approprié'*³⁰. L'attribution de la qualification d'"écrit" à un document sur support informatique ne semble donc pas se heurter à trop de difficultés, à condition que celui-ci comporte un texte lisible. Cependant, en EDI, la codification des données et la structuration des messages selon des normes font que ces derniers sont incompréhensibles pour le commun des mortels. Les systèmes informatiques des partenaires EDI doivent donc assurer les fonctionnalités nécessaires pour restituer les messages EDI sous forme lisible et dans un langage reconnu. D'où notamment l'importance d'un répertoire de données reconnu.

b) Exigence d'une signature

La signature, autre élément essentiel pour la validité d'un acte, n'est pas plus définie par le législateur que la notion d'écrit. Pour en repérer les conditions de validité, il faut donc s'en tenir à la jurisprudence. La doctrine se réfère à deux arrêts de la Cour de cassation, pour enseigner que la jurisprudence maintient l'exigence d'une signature manuscrite. Dans l'arrêt du 28 juin 1982³¹, la Cour dispose que *"la signature d'un acte sous seing privé doit, en règle, être tracée directement sur le document même ; (que) ne saurait être considéré comme original, au sens de l'article précité, un écrit portant une signature obtenue au moyen d'un papier carbone"*. Par ailleurs, dans son arrêt du 7 janvier 1955, la Cour dispose que *"la signature, au sens de l'article 970 du Code civil, est la marque manuscrite par laquelle le testateur révèle habituellement sa personnalité aux tiers"*. La Cour approuve ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Liège³², qui avait refusé de considérer les mots "maman" et "bonne-maman" comme des signatures valables parce que ces mots n'étaient pas le mode par lequel la testatrice était connue "dans un large cercle". L'enseignement selon lequel la jurisprudence rejette la validité juridique des nouveaux procédés de signature paraît toutefois discutable dans la mesure où elle se fonde sur une généralisation hâtive des deux arrêts précités, et ce sur deux plans :

- quant à l'arrêt du 28 juin 1982, il nous semble que la Cour refuse de reconnaître une valeur probatoire au procédé de reproduction sur papier carbone plutôt que de rejeter la valeur de la signature, elle-même d'ailleurs manuscrite ! En réalité donc, la Cour refuse d'attribuer à un texte établi sur papier carbone la qualification *d'original*, plutôt que de se prononcer sur la valeur de la signature, qui on le répète, était manuscrite.
- quant au deuxième arrêt cité, l'arrêt du 7 janvier 1955, la Cour dispose que la signature est la marque manuscrite par laquelle le testateur révèle habituellement sa personnalité aux tiers. On peut toutefois difficilement passer sur le contexte spécifique : tout d'abord, cet arrêt - qui a d'ailleurs été sévèrement critiqué par la doctrine³³ - a trait au testament olographe, acte envers lequel la loi se montre plus exigeante que pour les autres actes sous seing privé, dans la mesure où elle impose

³⁰ Y. POULLET (1992), "Droit de la preuve : de la liberté aux responsabilités. Quelques réflexions de droit continental européen", Colloque Montréal, 1992, à paraître.

M. ANTOINE et alii, *op. cit.*, p. 40.

³¹ Cass. 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, avec note de M. VAN QUICKENBORNE, "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", *R.C.J.B.*, pp. 65-104.

³² 4 décembre 1952, Jur. Liège, 1952-1953, p. 153, Ann. not., 1953, p. 152, et la note P.M., cité par M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 73.

³³ *ibidem*, p. 74.

que, pour être valable, il doit être écrit en entier de la main du signataire. Outre, étant donné l'ancienneté de cet arrêt, il nous semble qu'on aurait tort d'en déduire que la jurisprudence belge s'attache rigoureusement aux formes traditionnelles de la signature et qu'elle refuse toute valeur probante aux procédés autres que la signature manuscrite. Toujours est-il que la jurisprudence belge ne s'est pas encore prononcé de façon positive sur la valeur juridique des nouveaux procédés de signature.

c) Exigence d'un original

De réelles difficultés apparaissent sur le plan de l'exigence d'un original. Aux termes de l'article 1334 du Code civil, il est toujours permis d'exiger, en cas de procès, l'original des copies présentées comme moyen de preuve. En outre, les actes contenant des conventions synallagmatiques doivent être dressés en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et cela sous peine de nullité de l'acte. La notion d'original, à la différence de celle d'écrit, a toujours été assimilée au support papier. En EDI, les messages sont créés et véhiculés sans support papier. Les notions d'original et de copie n'ont pas de sens dans un tel environnement. L'impossibilité, lors d'un procès, de produire, à la demande d'un non-commerçant, un original, confronte les utilisateurs EDI à un sérieux problème de preuve.

Dans un nombre restreint de cas, il est possible de remplacer l'original par une copie. Ainsi, certains auteurs³⁴ font appel à l'article 1348 du Code civil afin d'atténuer les effets de l'article 1341. D'après cet article "*toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui*", l'article 1341 ne sera pas d'application. Cet article vise notamment la situation où le créancier se trouve dans l'impossibilité matérielle ou morale d'établir un écrit. Y. Pouillet met cependant en évidence la contradiction logique existant entre, d'une part, le libre choix des partenaires d'utiliser les nouvelles technologies et, d'autre part, l'impossibilité de se procurer un écrit signé³⁵.

2.3. AMENAGEMENT CONTRACTUEL DE LA PREUVE

L'admissibilité de l'enregistrement informatique en tant que moyen de preuve pose donc un problème en droit civil pour les transactions dont la valeur dépasse le montant de 15 000 FB. Cependant, les partenaires peuvent déroger aux dispositions en matière de preuve par des conventions et rendre recevables des moyens de preuve qui ne sont pas prévus par la loi, tel notamment l'enregistrement informatique³⁶. La possibilité juridique des partenaires de régler dans des accords privés, le cas échéant dans l'accord de communication, la recevabilité des moyens de preuve n'est plus contestée : l'article 1341 du Code civil n'est pas considéré comme touchant à l'ordre public³⁷.

2.4. VERS UNE APPROCHE "FONCTIONNELLE"

Actuellement, il existe de la part de la communauté juridique, une résistance considérable envers les supports informatiques. En attendant, les experts dans le domaine de l'informatique s'efforcent à démontrer que les supports informatiques offrent des garanties de sécurité équivalentes, voire supérieures, à celles offertes par le support-papier. Toutefois, pour qu'ils

³⁴ notamment D. SYX (1982), "Juridische facetten van het elektronisch betalingsverkeer", uitgave Kredietbank, 1982, pp. 76-77.

³⁵ Y. POULLET, *op. cit.*, p. 20.

³⁶ A titre d'exemple, l'article 10 al. 1 du modèle d'accord de communication européen établit que "*In the event of a dispute, the parties shall not bring into question the admissibility as evidence of messages exchanged and stored according to the provisions of this Agreement*".

³⁷ "*Les lois de l'ordre public sont les lois qui touchent aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société*" (Cass. 15 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 189).

Voy à cet égard C. LUCAS de LEYSSAC, *op. cit.*, pp. 260-266.

soient acceptés comme preuve en justice, il faudrait que l'approche formaliste soit abandonnée en faveur d'une "approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle"³⁸ des exigences légales. Comme la terminologie le fait présumer, une telle approche consiste à s'attacher aux fonctions des exigences légales plutôt qu'aux formes. Plus concrètement, qu'est-ce que cela signifie pour les trois concepts-clés du droit de la preuve : l'écrit, la signature et l'original ?

a) équivalent fonctionnel de l'écrit

Précédemment, nous avons déjà établi que la doctrine belge consacre une interprétation libérale, ou si l'on veut, une interprétation fonctionnelle de la notion d'écrit (supra).

b) équivalent fonctionnel de la signature

La doctrine est d'accord de reconnaître à la signature une double fonction : par la signature, l'auteur de l'acte s'identifie et 2° il authentifie le contenu de cet acte c'est-à-dire qu'il exprime sa volonté de s'approprier le contenu de son message et de lui conférer, le cas échéant, sa pleine efficacité juridique³⁹.

Aujourd'hui, diverses techniques permettent d'assurer ces deux fonctions dans le nouveau contexte d'échanges par voie électronique. De plus en plus, elles sont considérées comme des alternatives électroniques de la signature manuscrite⁴⁰.

- La cryptographie est un procédé visant à transformer, à l'aide de conventions secrètes, des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers. La transformation en texte illisible se réalise avant la transmission du messages à l'aide d'un algorithme spécifique connu uniquement par l'émetteur (identification) et par le récepteur du message. Après réception, le récepteur décrypte le message à l'aide du même algorithme. En encryptant les messages, les partenaires empêchent la lecture de ceux-ci aux tiers non-autorisés, c'est-à-dire qu'ils garantissent la confidentialité des données transmises.
- Un procédé, proche de l'encryptage, consiste dans l'authentification des messages : les données sont transmises dans leur forme originale mais le message est accompagné d'un code consistant en un certain nombre de bits et calculé à partir du texte sur base d'un algorithme connu uniquement par l'émetteur et le récepteur du message. On appelle ce code le MAC (Message Authentication Code). Grâce à ce codage, toute altération du contenu du message lors de la transmission devient perceptible⁴¹.

c) équivalent fonctionnel de l'original

On estime qu'un original a pour fonction "*de garantir le degré le plus élevé possible d'authenticité de l'information qui y est portée. Aussi, un original peut-il être considéré comme une variante de l'exigence d'une authentification en bonne et due forme des données*"⁴².

Par ailleurs, l'idée d'un "tiers certificateur des documents électroniques" gagne du terrain. Afin d'améliorer la sécurité de leur système de communication et de s'assurer d'une preuve

³⁸ C.N.U.D.C.I., A/CN. 9/WG. IV/ W.P. 55, p. 15.

³⁹ M. ANTOINE et alii, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁰ A cet égard, M. BAUM, "EDI I, The proposed digital signature standard : implications for electronic commerce"; *Computer Law and Security Report*, sept. 1992, p. 217.

⁴¹ Voir L. OYAMA (1993), "Using Encryption and Authentication for Securing Data", in EDI Legal and Audit Issues, *EDIFORUM*, Special Edition, 1993, p. 111-116.

⁴² C.N.U.D.C.I., *op.cit.*, p. 20.

incontestable de l'existence, et éventuellement du contenu d'un message transmis, les partenaires EDI peuvent décider de faire appel à un tiers neutre. Ce tiers, auquel se fient les partenaires, constate l'origine, la destination, le moment de la transmission et, le cas échéant, le contenu du message⁴³.

2.5. CONCLUSION

Au fur et à mesure que l'informatique gagne de l'importance dans notre système, il s'avère de plus en plus, non seulement que les nouvelles technologies de la communication respectent les exigences légales, mais également que les règles de droit et l'appareil judiciaire prennent en compte les progrès techniques.⁴⁴

Chapitre 3. Questions concernant la responsabilité

Comme dans tout autre environnement, on peut être victime d'un dommage dans un réseau EDI. Si la partie lésée tente d'exiger de son auteur la réparation du dommage subi, on entre dans le domaine du droit de la responsabilité qui détermine sur quelles bases on peut contraindre quelqu'un à réparer un dommage. Être victime d'un dommage, comme être contraint à le réparer mettent en jeu les patrimoines des partenaires EDI. Nous examinerons donc ici les questions de responsabilité.

3.1. QUE FAUT-IL ENTENDRE PAR "RESPONSABILITE"?

Par responsabilité, il faut entendre l'obligation juridique de réparer un dommage. Ce devoir de réparer résulte du non-respect d'un engagement (en termes juridiques : une obligation). En clair, cela signifie que quelqu'un qui ne respecte pas son (ou ses) obligation(s) ou la (les) remplit de manière insuffisante (nous emploierons dans la suite le terme de "faute") et qui, de ce fait, cause un dommage à autrui est tenu de le réparer.

Cette obligation découle :

1. De la loi : la loi prescrit un certain comportement auquel une partie ne se conforme pas dans le réseau EDI.
2. D'un contrat : dans un réseau EDI, des partenaires sont convenus d'obligations contractuelles réciproques dont certaines n'ont pas été remplies. Le terme de "non-exécution" qualifie les fautes commises lors de l'accomplissement d'obligations résultant d'un contrat.

Par ailleurs, une partie peut être tenue de réparer un dommage provenant d'un risque encouru (responsabilité sans faute). La responsabilité à base de risque (responsabilité objective, responsabilité sans faute) implique que c'est la loi qui détermine qui est responsable, étant irrelevante la question de savoir si ce responsable est aussi celui qui a réellement causé le dommage⁴⁵.

⁴³ S. DENIS in M. ANTOINE et al., *op. cit.*, p. 187.

Voir également le rapport élaboré dans le cadre du programme TEDIS, "Trusted third parties and similar services", sept. 1991.

⁴⁴ Voir dans ce sens A. BENSOUSSAN (1990), "Contribution au droit de la preuve dans le domaine de l'informatique", *Expertises*, décembre 1990, p. 425.

⁴⁵ S'il n'existait pas d'obligation juridique de réparer le dommage, on devrait, à tout le moins, le réparer pour des raisons de moralité. On pourrait distinguer responsabilité dans le sens juridique du terme et responsabilité au sens commun. Il est clair qu'il n'entre pas dans notre sujet de traiter de responsabilités au sens commun qui ne seraient pas associées à une responsabilité au sens juridique.

Le droit de la responsabilité est une matière complexe dont le traitement exhaustif dépasserait le cadre de la présente contribution et nous n'échapperons pas ici à la nécessité de simplifier fortement les choses. Nous traiterons dans le paragraphe 3.2 de la responsabilité légale, et dans le paragraphe 3.3, de la non-exécution des obligations, en orientant ce sujet sur la non-exécution des conventions d'échanges passées entre partenaires utilisateurs d'EDI⁴⁶. Nous examinerons l'influence qu'exerce le partage des obligations dans un contrat de communication en nous attachant à définir la responsabilité contractuelle.

Au paragraphe 3.4, nous en viendrons à la question des limites de la responsabilité : peut-on décréter qu'une partie soit, dans tous les cas, tenue de réparer tout dommage qu'elle aurait causé? Il apparaîtra qu'il peut être répondu négativement à cette question. Lors de l'évaluation d'un dommage, le juge pourra se laisser guider par la considération de savoir jusqu'à quel point ce dommage peut réellement *être imputé* à quelqu'un.

Enfin, pour pouvoir évaluer correctement la responsabilité contractuelle d'un utilisateur, nous exposerons brièvement les clauses qui, dans un contrat, peuvent exercer une influence sur la responsabilité (paragraphe 3.5). Comme dans le paragraphe 3.3, il apparaîtra ici qu'au niveau des utilisateurs, il faut se référer à d'autres conventions EDI ce qui nous amènera à traiter de l'influence des clauses de responsabilité qui impliquent des tiers.

3.2. RESPONSABILITE LEGALE

Le plus large fondement de la responsabilité légale découle de la notion d'acte illicite :

C.C. Art.1382. Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

La partie préjudiciée devra pouvoir apporter la preuve que la partie qui a causé le dommage a contrevenu au droit, soit en posant un acte, soit par négligence ou imprudence.

C.C. Art.1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.

Ces articles impliquent qu'une action en réparation d'un dommage peut être entreprise par toute personne qui s'estime lésée, pour autant qu'il puisse être établi qu'un dommage a réellement été causé. La partie lésée n'est pas nécessairement un partenaire EDI. A l'inverse, ce ne sera pas à chaque fois un partenaire EDI qui sera l'auteur du dommage subi : évoquons ici, à titre d'exemple, le problème du piratage.

Pour déterminer les fautes commises dans l'exécution d'une obligation légale, le juge aura à apprécier dans quelle mesure un comportement donné va à l'encontre du comportement censé être normal dans la situation donnée. Dans la règle, chacun doit faire preuve d'une dose raisonnable de prévoyance⁴⁷. Les juristes parlent volontiers, dans cette optique du comportement "du bon père de famille". Pour donner une idée de ce que l'on peut entendre par "commettre un acte illicite" dans un réseau EDI (pour simplifier les choses, nous parlerons ici de la situation dans laquelle victime et responsable du dommage sont tous deux partenaires EDI), nous analyserons d'abord de manière plus approfondie l'intention et la faute. Nous en viendrons ensuite à la responsabilité objective et au rôle que peut jouer l'U.N.C.I.D.

⁴⁶ Nous laisserons de côté les autres conventions (conventions de réseaux, conventions avec des services tiers), ces conventions n'exerçant pas une influence directe sur la responsabilité des utilisateurs.

⁴⁷ Voir, par ex., Cass., 19 mars 1976, *Pas.* 806; DE PAGE II, p.939.

3.2.1. L'intention dans un réseau EDI

Comme partout dans le monde des affaires, on peut, dans un réseau EDI, chercher à léser intentionnellement quelqu'un. Comme l'EDI concerne l'échange de données, l'intention de nuire peut, en premier lieu, s'objectiver par une falsification des données fournies ou par une perturbation volontaire de la communication. On peut citer ici des manœuvres comme celles dont fut victime la petite compagnie aérienne *Virgin Atlantic* de la part de *British Airways*, compagnie beaucoup plus puissante. *British Airways* se procura un accès à certaines données de *Virgin Atlantic* reprises dans le "*British Airways Booking System*" et les utilisa pour tenter de détourner de la clientèle. Le but poursuivi par *British Airways* était de discréditer complètement la petite compagnie dans l'esprit de ses clients, et d'en faire ainsi un concurrent négligeable. *British Airways* fut à deux doigts de réaliser ce dessein.

3.2.2. La faute dans un réseau EDI

Il est question de faute lorsqu'un partenaire EDI ne respecte pas un engagement (alors qu'il aurait pu raisonnablement le respecter) mais ceci, sans qu'il y ait nécessairement une intention en jeu. Imaginons qu'un utilisateur reçoive d'un expert le conseil de remplacer son matériel informatique tout à fait obsolète afin d'éviter des perturbations dans l'échange de messages via le système EDI. Si cet expert donne, à la légère, sans précisions suffisantes, un tel conseil en se disant que "ça s'arrangera toujours bien", il pourra, sur base de la théorie de l'acte illicite, être déclaré responsable par suite de grave négligence.

On pourrait évoquer ici un type de faute légère en citant le dommage qui, aux Etats-Unis, fut causé lors de l'utilisation d'un réseau financier. Une banque était à l'origine de ce dommage dû au fait qu'en raison d'un défaut du système, des messages électroniques étaient transmis avec retard. Devant le juge, la banque invoqua comme excuse ce défaut du système mais le juge estima qu'en matière de réseaux financiers, de tels défauts ne pouvaient être considérés comme une excuse, cela étant en contradiction avec les principes de sécurité, de finalité et de fiabilité qui ont cours dans le monde des finances⁴⁸.

En se reportant au droit belge, on pourrait affirmer que la responsabilité de la banque est engagée à partir du moment où il est acquis (ce qui est peu contestable, alors qu'il y avait matière à discussion dans l'exemple du changement de matériel cité plus haut) que cette banque aurait dû, vu les circonstances, adopter un comportement plus attentif. Ici, le matériel n'était pas foncièrement obsolète, il n'y avait pas eu non plus d'avis d'expert mais un test simple, qui n'avait jamais été envisagé, aurait démontré que quelque chose fonctionnait mal. La banque peut, dans ce cas, être considérée comme étant coupable, dans une plus ou moins large mesure, d'un *manquement à la prudence*⁴⁹.

3.2.3 Responsabilité objective dans un réseau EDI

Certaines formes de fautes légères se rapprochent clairement de la responsabilité objective (ou responsabilité sans faute). Ici, la notion de faute est entièrement laissée de côté et la responsabilité est déterminée par une règle légale. Un exemple de responsabilité objective est la responsabilité pour les fautes commises dans une entreprise par des travailleurs (préposés) dont on répond (art. 1384 du Code civil). Imaginons un préposé qui, dans l'entreprise de l'utilisateur A envoie (intentionnellement ou non) des messages qui causent un dommage à un partenaire commercial B. B peut, dans ce cas, réclamer directement des dommages et intérêts à A sans que le préposé qui a causé le dommage ne soit impliqué dans le procès⁵⁰.

⁴⁸ US District Court of Colorado, Civil Action n° 90-B-0771.

⁴⁹ Voir DE PAGE, II, 906; *RCJB*, 1980, 383.

⁵⁰ Voir R. KRUITHOF (1979) in : H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad*, Kluwer, Antwerpen, 1979, n°27 et suivants (ci-après cité : *Onrechtmatige daad*).

3.2.4. Utiliser les règles UNCID pour décider du caractère illicite d'un acte

Le code de conduite de l'UNCID, déjà cité propose aux partenaires EDI des critères objectifs pour déterminer si quelqu'un a agi en contradiction avec le comportement qu'on est en droit d'attendre d'un partenaire EDI agissant avec prudence. Ceci vaut également pour un juge qui serait amené à évaluer une faute dans le cadre d'une action en réparation. La question de savoir si ce juge, dans la pratique, fera usage du code UNCID, n'a pas, jusqu'à présent, reçu de réponse claire. Certains auteurs mentionnent la possibilité d'une telle attitude ⁵¹.

3.3. RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

Il est évident que les obligations, dans un réseau EDI, restent très vagues, quand il n'existe pas à leur sujet, d'accords précis. Le seul point d'appui est la notion, assez imprécise malgré tout, de "prudence" et le rôle de l'UNCID est encore mal défini. Les utilisateurs s'appliquent dès lors à donner, dans les conventions EDI, une base juridique plus solide aux obligations, sous la forme de dispositions contractuelles. Remarquons ici que les contrats ne lient, en première instance, que les deux parties en présence, si bien qu'une action en dommages et intérêts intentée par des tiers ne peut être défendue sur cette seule base ⁵².

C.C. Art. 1142: Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur⁵³

Remarquons ici que les contrats n'existent pas uniquement sous forme écrite mais que des conventions orales ou des usages de la pratique peuvent être considérés comme obligatoires. Mais, dans ces deux cas, s'il survient un litige, les preuves seront, bien entendu, plus difficiles à apporter.

3.3.1. Partage du risque dans un contrat de communication

Dans un contrat de communication, on détermine d'un commun accord qui est responsable lors de l'échange E.D.I et quel est l'objet de cette responsabilité. On délimite ainsi les risques contractuels (à ne pas confondre avec la responsabilité objective légale). Cela signifie qu'en même temps que l'on s'accorde sur les obligations, on détermine qui peut être tenu pour responsable, puisqu'une faute de la partie A lors de l'exécution d'une obligation contractuelle rend, en principe, impossible la responsabilité de la partie B à cet égard.

Il faut noter que les obligations en rapport avec un contrat de communication sont en général rangées sous trois catégories (dans le § 1.1.4, nous avons cité ces catégories sous les rubriques : l'élément technique, l'élément juridique et l'élément sécurité). En les rangeant autrement, on obtient, des obligations déterminant les risques contractuels, le tableau suivant:

- a. Le contrat principal, où l'on convient des conditions d'échange de messages EDI, et où l'on fixe, par exemple, les responsabilités et les modalités de règlement des litiges.
- b. En plus de ce contrat principal, on aura par ailleurs convenu de procédures à mettre en place pour éviter que la communication ne soit défectueuse. On retrouve ce type de disposition dans les règles UNCID⁵⁴.

⁵¹ N. SAVAGE & I. WALDEN (1989), "International Trade Law and UNCID", *EDI and the Law*, Blenheim Online, London, 1989, p.71.

⁵² Voir, par exemple, Cass., 14 octobre 1985, *Arr. Cass.* 1985, 88.

⁵³ De l'indemnisation en matière contractuelle, il est question de manière plus approfondie dans les art. 1146 et suivants du Code civil.

⁵⁴ Art. 5 à 10, UNCID.

c. Enfin, ces deux catégories d'accords sont développées plus amplement et complétées au sein d'annexes séparées, généralement de nature technique.

Les obligations prévues dans les diverses parties des contrats sont en interdépendance les unes des autres. Ainsi, le plus petit détail repris dans une annexe technique (catégorie c) trouve sa justification dans la volonté des parties de communiquer entre elles par l'intermédiaire de l'EDI (catégorie a). Ne pas s'y conformer constitue dès lors une forme de non-exécution qui peut avoir des conséquences non négligeables⁵⁵.

Il peut, par exemple, être convenu que l'utilisateur A, en tant qu'expéditeur, devra coder son message selon certaines normes particulières afin de rendre plus difficile une violation de l'intégrité. Si A satisfait à cet engagement, et que, malgré cela, un dommage naît, du fait qu'une personne non autorisée, X, a pris connaissance du message, le dommage subi par B pourra difficilement être imputé à A qui a correctement exécuté son obligation. Si le partage du risque n'a pas été clairement défini, le juge devra en déterminer les limites à la lumière de la réglementation légale en matière d'interprétation des conventions⁵⁶.

Afin d'éviter toute surprise, il est dès lors recommandé que les parties contractantes déclarent explicitement dans la convention qu'en détaillant les obligations, l'on vise également à partager la responsabilité pour le cas de non-exécution. Dans un souci d'exhaustivité, on peut par ailleurs convenir que le dommage né malgré l'exécution des obligations contractuelles (causé par exemple par X) sera partagé entre A et B.

3.3.2. Droit à l'indemnisation et tiers co-contractant

Nous savons cependant qu'un réseau EDI compte plus de partenaires que ses seuls utilisateurs. L'implication de ces partenaires découle souvent du contrat de communication et exerce une influence sur la responsabilité des utilisateurs. La situation évoluera parfois comme suit : l'utilisateur A engage un expert en sécurité pour l'exécution des obligations de sécurité contenues dans le contrat de communication avec le partenaire commercial B. On parle alors de "sous-traitance" et, dans ce cas, l'expert en sécurité impliqué ne se substitue pas à A (A reste responsable à l'égard de B). A sera donc responsable des fautes que son expert en sécurité commettra et, inversement, B ne pourra pas poursuivre l'expert en sécurité pour non-exécution (voir Fig. 3).

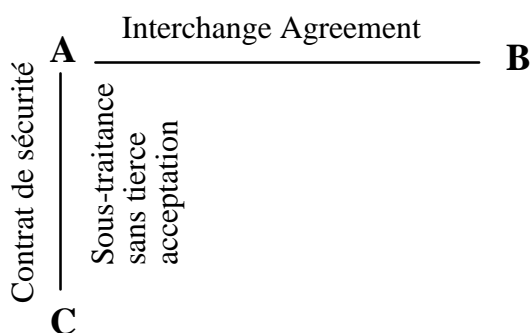


Figure 4: Relations contractuelles entre utilisateurs avec un interchange agreement par rapport à un tiers

⁵⁵ Concernant l'étendue éventuelle des dommages, voyez § 3.4.

⁵⁶ Art. 1156 et s. du Code civil.

C'est seulement dans le cas où un droit de recours explicite est incorporé, à l'intention de B, dans le contrat entre A et l'expert en sécurité, que ce dernier devient partie dans la relation contractuelle entre A et B (voir Fig. 4)⁵⁷.

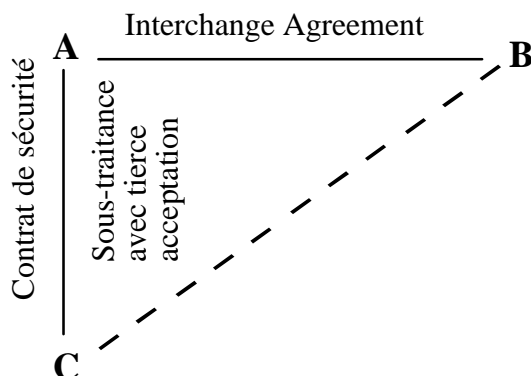


Figure 5: Relations contractuelles entre utilisateurs dans un interchange agreement et un tiers avec un tierce acceptation en faveur de B

Des prestataires de services techniques, tels que les experts en sécurité, ne sont cependant pas nécessairement impliqués unilatéralement comme dans l'exemple qui vient d'être donné. L'appel à un tiers peut aussi être convenu entre A et B ou bien B peut très bien accepter a posteriori que l'on fasse appel à C, de telle sorte que ce tiers se substitue effectivement à A. On peut raisonnablement admettre qu'au fur et à mesure que B en arrivera à tirer profit de plus en plus fréquemment des services d'un tiers admis multilatéralement, il ne pourra que de moins en moins tenir A pour responsable des fautes de ce tiers. C succèdera au contraire dans une mesure toujours plus grande à A (voir fig. 5).

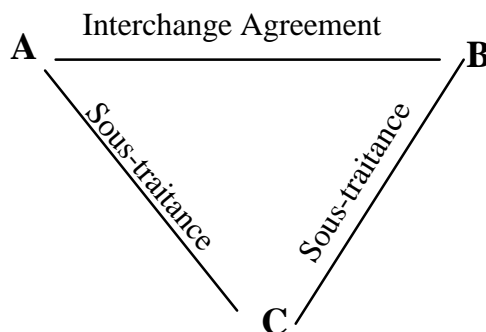


Figure 6: La tierce partie C devient un partenaire contractuel équivalent pour A et B

3.4. IMPUTATION DU DOMMAGE

Dès lors que l'on sait qui peut être responsable et, à l'égard de qui, que ce soit sur base d'une règle légale comme dans la théorie de l'acte illicite ou sur base de la non-exécution d'une obligation contractuelle, il reste à examiner quels événements sont, dans un réseau EDI, susceptibles de donner lieu à indemnisation.

⁵⁷ Cass. 27 septembre 1974, Arr.Cass., 1974, p. 125.

E.DIRIX (1984), *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden* (thèse), Maarten Kluwer's Internationale Uitgeverijonderneming, Antwerpen/Appeldoorn, 1984, n° 129 à 133.

3.4.1. La notion de dommage

La responsabilité exige que le dommage soit imputé par le juge à un partenaire EDI concernant la notion de dommage, il existe d'innombrables subdivisions pour déterminer ce qu'il faut entendre par là⁵⁸.

Il faut faire notamment une distinction importante entre le dommage réellement subi (dommage établi) et le dommage fixé par le juge (voyez 3.4.4., infra). Il existe également une différence entre le dommage patrimonial et le dommage non économique (dommage moral)⁵⁹, cette dernière forme de dommage étant difficilement exprimable en espèces (pensons par exemple à une "atteinte à la vie privée"). On parle également de dommage économique, de manque à gagner, de dommage résultant du retard, etc. Il peut également être question, dans ce domaine, d'un dommage qui est la conséquence directe du fait qui l'a généré ou, au contraire, d'un dommage qui doit être considéré comme une conséquence beaucoup plus indirecte.

Prenons un exemple simple : le dommage direct, dans le cas d'une vitre brisée à coups de pierres, est constitué par la vitre brisée (dommage provoqué) ou les coûts de réparations (dommages matériels). Entre le bris de la vitre et une bronchite provoquée par le courant d'air qui en est résulté, la preuve du lien direct est déjà beaucoup plus difficile à établir. Si le malade perd des revenus parce qu'il doit s'absenter de son travail, il pourrait, dans un tel cas, être question de dommages matériels indirects, causés par le bris de la vitre.

3.4.2. Étendue du dommage

En principe, tout *dommage réellement subi* entre en considération pour le calcul de l'indemnisation, encore que le préjudicié ait l'obligation de limiter ce dommage autant qu'il lui est possible⁶⁰.

Dans un réseau EDI, le dommage peut facilement s'élever à des sommes considérables. On comprendra, par exemple, que l'interruption de l'activité économique par suite de perturbations dans les communications qui concernent une coopération en *Just In Time* ⁶¹ aura comme conséquence directe une stagnation de l'entreprise avec toutes les complications qui s'ensuivent.

Du fait de l'interconnectivité d'un nombre toujours croissant de réseaux, les incidents dommageables ne sont plus nécessairement limités à un seul utilisateur EDI ou à un seul réseau EDI mais peuvent au contraire avoir un effet "boule de neige" difficile à arrêter.

3.4.3. Lien de causalité

Il reste à établir si le dommage réellement subi correspond au dommage retenu en droit. Ici, un critère important sera l'appréciation du lien à établir entre la faute et le dommage (lien de causalité)⁶².

⁵⁸ En principe, le dommage comprend tout préjudice que quelqu'un subit. Voir Cass., 4 mars 1975, *Arr. Cass.* 1975, p. 753.

⁵⁹ J. RONSE - L. DE WILDE (1984), *Schade en schadeloosstelling*, Ed. Story-Scientia, 1984, n° 31 (nommés ci-après: RONSE - DE WILDE).

⁶⁰ E. DIRIX, "De schadebeperkingsplicht van de benadeelde", *R.W.*, 1979-80, pp. 2921-2929; RONSE- DE WILDE, *op.cit.*, n° 464 et s.

⁶¹ La collaboration entre utilisateurs EDI par le biais des méthodes JIT s'effectue en des délais très rapprochés. Sur les nouvelles manières de coopérer par EDI, voir par ex. L. DEKLEERMAEKER (1993), "EDI, een opdracht voor het management", in S.H. KATUS (ed.), *EDI en België*, Die Keure, Brugge, 1993, § 4, pp.41-48.

⁶² Voir Cass., 14 février 1978, *R.W.* 1977-78, pp. 2655-2658, note VAN QUICKENBORNE, p. 2622.

Nous aurons à distinguer le dommage résultant d'un acte illicite et celui qui est dû à la non-exécution d'une obligation contractuelle pour la raison que ce dernier ne peut être indemnisé, selon l'art. 1151 du Code civil, que pour autant qu'il s'agisse d'un dommage direct⁶³.

Dans un réseau EDI, il s'agira de prouver que c'est bien la faute invoquée pour réclamer réparation qui a provoqué un échange d'information défectueux. Il en sera ainsi en cas de⁶⁴:

1. *Atteinte à l'intégrité* : un message EDI est incorrect ou incomplet quant au contenu.

Tous les partenaires EDI peuvent poser des actes qui ont pour conséquence une atteinte à l'intégrité : un message peut être mal rédigé, un incident peut se produire durant le transport; il arrive également que certains actes en rapport avec la prestation d'autres services provoquent des fautes dans la transmission (mauvais logiciel, matériel défectueux, conseils inopportuns, etc.).

2. *Faux expéditeur* : le destinataire d'un message affirme avoir eu affaire à une autre personne que le véritable expéditeur.

Cette faute se produit en premier lieu lorsqu'un utilisateur expéditeur se présente sous une fausse identité; le fournisseur du réseau ou d'autres prestataires de service (entre autres, des fournisseurs de logiciels) peuvent également commettre des fautes qui ont comme conséquence l'introduction d'un expéditeur abusif.

3. *Non-reconnaissance* : une partie nie avoir envoyé ou reçu un message (ce que l'on appelle en anglais "*repudiation*") .

Cette faute est liée à la précédente (le supposé expéditeur nie dans ce cas-ci l'envoi d'un message) mais ce type de faute implique parfois le destinataire qui peut, lui aussi, se rendre coupable de non-reconnaissance; on parle alors de *non-reconnaissance de la réception*. Il peut arriver également que les services techniques du réseau nient l'existence d'un message.

4. *Atteinte à la confidentialité* : une personne non autorisée a eu accès au contenu d'un message.

Cette faute peut être le fait de personnes autorisées (utilisateur, services de réseau ou autres) mais elle peut également résulter du fait qu'une personne non autorisée se ménage délibérément un accès à des données confidentielles.

5. *Distribution à une personne autre que le véritable destinataire* : expéditeur, destinataire effectif et destinataire visé ne remarqueront pas nécessairement qu'il s'est passé quelque chose.

Il s'agira souvent d'une faute du fournisseur du réseau mais d'autres partenaires EDI peuvent également causer un mauvais adressage (voir 1).

6. *Retardement* : un message peut être distribué avec retard ou être reçu tardivement dans le cas où la boîte aux lettres électronique n'est pas consultée à temps.

La plupart du temps, il s'agira d'une faute du fournisseur de réseau ou d'une faute du destinataire.

⁶³ Voir RONSE-DE WILDE, *op.cit.*, n° 227.

⁶⁴ D.DE GEEST, "EDI-Beveiliging", *EDI en België*, *supra*, p.100.

Voir L. ELIAS, J. GERARD, G.K. WANG, avec la collaboration de P. BELLEFLAMME (1992), *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1992, pp. 18-20.

7. L'ordre à la réception diffère de l'ordre à l'envoi.

Ici, il ne s'agira jamais d'une faute de l'utilisateur expéditeur mais bien, par exemple, d'une faute du fournisseur de réseau.

8. Réception en double.

Même cas qu'en 7.

9. Perte de message(s).

Même cas qu'en 1.

3.4.4. Etendue de l'indemnisation

Comme il a déjà été dit, le juge va déterminer quel montant du dommage réellement subi peut être considéré comme dommage réparable en droit. Une fois ce montant déterminé, il devra faire l'objet d'une indemnisation aussi complète que possible par le responsable⁶⁵.

Cela signifie par exemple, si l'on en revient aux réseaux interconnectés dont nous avons parlé plus haut, que le dommage "lointain" ne peut entrer en considération du fait d'un lien de causalité trop peu établi. L'article 1150 du Code civil énonce par ailleurs qu'il ne faut entendre, par dommage à la suite de la non-exécution, que le seul dommage prévisible. La question est donc ici de savoir dans quelle mesure un utilisateur pouvait prévoir le dommage résultant de sa faute⁶⁶.

3.5. AMENAGEMENT CONTRACTUEL DE LA RESPONSABILITE

Dans l'énumération ci-dessus, nous avons fait plusieurs allusions à des tiers qui, au même titre que les utilisateurs, peuvent être responsables de fautes. Nous présentons ci-après un tableau reprenant les différents cas évoqués.

⁶⁵ Cass., 7 décembre 1970, *Arr. Cass.*, 1971, p.339.

Cass., 20 juin 1977, *R.W.*, 1978-79, p. 171.

Voir aussi VAN QUICKENBORNE, *supra*.

⁶⁶ HERBOTS in *Onrechtmatige daad, supra*, p. 138, n°4.

Tableau 2: Différents cas de fautes commises par des tiers

FAUTE	AUTEUR
Atteinte à l'intégrité	Expéditeur Destinataire Tiers
Faux expéditeur	Expéditeur Tiers
Non-reconnaissance (répudiation)	Expéditeur Destinataire Tiers (fournisseurs du réseau)
Atteinte à la confidentialité	Expéditeur Destinataire Tiers
Distribution à un destinataire erroné	Tiers (fournisseurs du réseau) ou: à rattacher à l'intégrité
Retard à la réception	Tiers (fournisseurs du réseau) Destinataire
L'ordre à la réception diffère de l'ordre à l'émission	Tiers (fournisseurs du réseau)
Réception en double	Tiers (fournisseurs du réseau)
Perte de message(s)	Expéditeur Destinataire Tiers

3.5.1. Les tiers

Il apparaît clairement que le dommage réellement subi peut avoir été provoqué par un tiers sans que les utilisateurs du réseau EDI, expéditeur ou destinataire, aient pu l'empêcher. Ici, c'est surtout le rôle du fournisseur de réseau qui est important⁶⁷. Nous étendre sur le problème des positions juridiques fixant les responsabilités des réseaux et de leur entourage dépasserait le cadre de la présente étude⁶⁸. Mais, d'un autre côté, l'existence-même et le rôle joué par les tiers ne peuvent être passés sous silence (cfr. § 3.3.2). Et nous en tiendrons compte dans la suite de notre exposé.

3.5.2. Clauses d'exonération et clauses de garanties

Nous sommes, jusqu'à présent, parti du principe que les obligations dans un réseau EDI peuvent être définies par le biais de conventions qui prévoient également une répartition des responsabilités. Les utilisateurs EDI peuvent cependant parer à la responsabilité découlant de

⁶⁷ A propos de la question de la responsabilité dans un réseau EDI, la distinction doit être faite entre les interchange-agreements, les contrats de réseaux et les conventions avec les tiers fournisseurs de services. Voir S.H.KATUS (1992), "Three Types of E.D.I. Contracts", in *Law, Computers & Artificial Intelligence*, 1992/3, pp. 259-273. Voir aussi § 1.2.

⁶⁸ Voir S.H.KATUS (1993), "Aansprakelijkheidposities in een EDI-omgeving", in R.E. VAN ESCH & C. PRINS (eds), *Recht en EDI*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 53-84.

leurs obligations légales et contractuelles envers leurs partenaires par l'insertion, dans la convention, de clauses qui limitent ou excluent la responsabilité pour faute⁶⁹.

Ci-après, nous donnons un exemple typique de disposition modifiant la répartition des responsabilités entre les utilisateurs :

L'expéditeur d'un message est responsable des fautes des fournisseurs de réseau⁷⁰.

A l'opposé se situe un type de clause de garantie, par lequel on étend, au contraire, la responsabilité. Bien que la clause proposée ci-dessous puisse à première vue ressembler à une exonération, le fournisseur de réseau qui l'accepte n'a, en fait, plus d'excuse lorsqu'une perturbation dure plus de 22h ou si plusieurs perturbations se produisent sur un trimestre et dépassent, en s'additionnant, ce même laps de temps :

La disponibilité garantie du réseau devra couvrir 99 % du temps, mesuré sur un trimestre entier. Le fournisseur de réseau garantit, dans 95 % des cas, un temps de transmission de deux (2) minutes calculées sur un mois, ceci pour des messages d'une longueur de 0,5 kB.

3.5.3. Validité des exonérations : liberté des conventions

Il faut reconnaître que la liberté des conventions permet d'insérer une clause d'exonération dans un contrat EDI. Dans ce domaine, même les clauses exonératoires visant délibérément l'exclusion de la responsabilité sont licites. Mais il existe des exceptions qui concernent essentiellement le cas où un partenaire EDI peut *prévoir* qu'il ne respectera pas convenablement ses obligations mais exclut néanmoins sa responsabilité. Il n'est en fait pas permis d'inclure une clause prévoyant l'exonération de la responsabilité en cas de faute intentionnelle ou pour faute grave⁷¹.

3.5.4. Exonérations non valables

Le juge peut, d'autre part, estimer que l'on n'a pas assez tenu compte des intérêts du co-contractant et déclarer les clauses exonératoires non valables. Ce sera le cas, entre autres, lorsqu'un co-contractant économiquement et juridiquement puissant exclut ou limite ses responsabilités à l'égard d'un co-contractant plus faible. Pensons au cas où, dans une situation "*no EDI, no business*", l'utilisateur EDI dominant impose son contrat de communication et les clauses d'exonération qu'il contient. Dans certaines conditions, l'insertion de clauses d'exonération sous forme de conditions générales peut aussi poser problème parce que, renvoyé purement et simplement à ces conditions générales, le co-contractant n'a pas eu voix au chapitre quant à ce qui a été convenu⁷². La situation est cependant différente quand l'utilisation de ces conditions générales constitue l'usage⁷³.

⁶⁹ HERBOTS, *loc.cit.*, p.140, n°10.

⁷⁰ Art. 8.1. Tedis-contract (final draft, May 1991).

⁷¹ Voir S.H. KATUS (1993), *loc.cit.*, p. 70.

⁷² Cass., 17 octobre 1975, *PAS* 1976, I, 224.

Anvers 9 octobre 1985, *Rechtspr. Antw.* 1986, 127

Kh. Anvers, 30 avril 1969, *Rechtspr. Antw.*, 1969, 382

Kh. Verviers, 6 juin 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 19.

⁷³ KATUS, *loc.cit.*, p. 72.

3.5.5. Responsabilité des utilisateurs dans un réseau EDI

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'insertion de clauses d'exonération dans un contrat EDI est chose très fréquente. Puisqu'il y est souvent fait appel à des tiers, on peut se demander quelle influence exercent ces clauses d'exonération sur la responsabilité des utilisateurs. L'accent doit être mis sur le fait que si, d'une part, des fournisseurs du réseau excluent contractuellement leur responsabilité, toutes les parties EDI seront, d'autre part, également tentées de se mettre à l'abri quand il s'agira d'imputer la réparation d'un dommage subi.

On peut dire, en résumé, que, dans les contrats EDI, la responsabilité est reportée autant que possible sur les utilisateurs mais que ceux-ci, de leur côté, tentent de se protéger en utilisant certaines clauses d'aménagement de cette responsabilité.

Revenons au prestataire de services techniques engagé unilatéralement que nous avons appelé C au § 3.3.2. Faisons-en, cette fois, non plus un expert en sécurité, mais bien un fournisseur de réseau. Supposons que ce fournisseur de réseau ait exclu toute responsabilité à l'égard des utilisateurs et commette une faute lors de l'envoi d'un message par A. Supposons en outre que A et B se trouvent liés par un contrat qui prévoit que l'expéditeur est responsable des fautes du fournisseur de réseau. La conséquence de cette situation sera que A devra indemniser le dommage subi par B, à juste titre puisque le fournisseur de réseau n'est qu'un sous-traitant pour la réalisation du transport du message et ne peut donc pas se substituer à A.

Une situation absurde pourra cependant se produire lorsque l'utilisation des services d'un fournisseur (continuons à le nommer C) par A et B a été convenue, comme c'est souvent (implicitement) le cas, de manière bilatérale. Evoquons ici le rôle de Belgacom. On pourra parler de situation déraisonnable s'il apparaît que c'est B qui

- (1) profite le plus du service du réseau,
- (2) tient la plupart du temps le rôle de destinataire et
- (3) a imposé le contrat de communication à A.

Dans un tel cas, le juge sera probablement tenté de ne reconnaître que de moins en moins la validité de la clause d'exonération, en conséquence de quoi une défense basée sur cette clause aura de moins en moins de chance d'aboutir⁷⁴.

3.6. CONCLUSION

Nous avons vu que, dans une large mesure, le droit offre des moyens pour obtenir l'indemnisation d'un dommage causé par autrui. Dans le cas particulier d'un environnement EDI, il faut entendre par dommage, en premier lieu, le préjudice subi par suite de fautes dans la communication.

Un co-contractant EDI préjudicié peut essayer d'obtenir l'indemnisation de son dommage en se fondant sur la notion d'acte illicite, auquel cas il devra prouver que le responsable du dommage n'a pas agi, dans les circonstances données, avec la prudence que l'on était en droit d'attendre de lui.

L'action basée sur la non-exécution du contrat offre cependant une base beaucoup plus concrète à l'indemnisation : il s'agit alors de prouver le non-respect d'une obligation contractuelle.

⁷⁴ Voir S. H. KATUS (1992), "De aansprakelijkheidsaspecten van EDI en het Ediforum Contract", *Computerrecht* 1992/2, p. 59 et s.

Il faut souligner avec insistance l'intérêt qu'il y a à disposer de bonnes conventions EDI et, bien plus encore, de bonnes conventions *écrites*. On énumèrera, dans un contrat de communication, les exigences auxquelles les utilisateurs devront satisfaire pour participer en tant que partenaires vigilants à la communication par EDI. Ajoutons à cela que les clauses d'exonération ou de garantie constitueront un moyen d'indiquer avec précision la limite des engagements en matière de responsabilité légale ou contractuelle.

Des contrats de communication clairs constituent ainsi une *checklist* facile à consulter. Hors la possibilité d'une responsabilité sans faute mais établie sur base légale, les co-contractants EDI ne pourront pas, dès lors, chercher réparation auprès d'un utilisateur, pour un dommage qui se serait produit, alors que ledit utilisateur avait rempli ses obligations de manière correcte.

Ainsi, en matière d'EDI, un bon contrat de communication est synonyme de *sécurité*.

Bibliographie

- * ANTOINE M. , ELOY M. et BRAKELAND J.-F., *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahier du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 186-202.
- * BAUM M. , "EDI I, The proposed digital signature standard : implications for electronic commerce"; *Computer Law and Security Report*, sept. 1992, p. 217.
- * BENSOUSSAN A. (1990), "Contribution au droit de la preuve dans le domaine de l'informatique", *Expertises*, décembre 1990, p. 425.
- * BLOCH Simon (1991), *EDI : Echange de données informatisées*, Tome 1, Eyrolles, Paris, 1991, p. 7.
- * BRADGATE R. (1989), "Evidential issues of EDI" in I. WALDEN (ed.), *EDI and the law*, Blenheim Online, London, 1989, p. 9.
- * C.C.I. (1988), *UNCID, Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission*, Paris, I.C.C. Publishing, Publication n° 452, janvier 1988.
- * C.C.I., Document n° 460-10/Int. 48.
- * C.N.U.D.C.I., A/CN. 9/WG. IV/ W.P. 55, p. 15.
- * CAPRIOLI E.A. (1992), "Les accords d'échange de données informatisées (Problématique et éléments de solution en matière commerciale)", *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, Supplément au n° 37, Mai 1992, pp. 2-9.
- * CAPRIOLI E.A. (1992), "Les limites des accords de communication : la solution des Editerms, Actes de la Journée d'information *EDI : les Contrats d'Interchange*, op.cit.
- * Commission des Communautés Européennes - TEDIS (1991), *Trusted third parties and similar services*, sept. 1991.
- * DEKLEERMAEKER L. (1993), "DI, een opdracht voor het management", in S.H. KATUS (ed.), *EDI en België*, Die Keure, Brugge, 1993, § 4 , pp.41-48.
- * DE GEEST D. , "EDI-Beveiliging", in S.H. KATUS (ed.), *EDI en België*, Die Keure, Brugge, 1993, § 4 , p.100.
- * de LAMBERTERIE I. (1992), 'La valeur probatoire des documents informatiques dans le pays de la C.E.E.', *R.I.D.C.*, n°3, 1992, p. 643, qui distingue deux périodes : celle ayant précédé l'explosion de la télématique et la période qui l'a suivi.
- * DIRIX E. (1980), *De schadebeperkingsplicht van de benadeelde.*, *R.W.*, 1979-80, 2921-2929.
- * DIRIX E. (1984), *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden* (thèse), Maarten Kluwer's Internationale Uitgeverijonderneming, Antwerpen / Appeldoorn, 1984, n° 129 à 133.

- * DUMBILL E. (1992), "Computer Misuses Act 1990, Cropp and Other Developments", *A.C.C.L.*, september 1992, Vol. 9, n° 8.
- * DUMORTIER Jos (1991), "De hervorming van de Belgische telecommunicatiemarkt, Overzicht van Titel I, II en III van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de economische overheidsbedrijven", *Computerr.*, 1991/5, pp. 234-247.
- * ELIAS Lieve, GERARD Jacques (1991), *La formation des contrats par EDI*, Etude réalisée à la demande de la Commission des Communautés Européennes (TEDIS), juillet 1991, pp. 33-62.
- * ELIAS Lieve, GERARD Jacques, WANG G.K. avec la collaboration de Paul BELLEFLAMME (1992), *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahier du C.R.I.D., n° 8, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, pp. 186-202.
- * HUET J. (1991), "Aspects juridiques de l'EDI, Echange de données informatisées", Dalloz Sirey, 1991, n° 91/27, pp. 181-190.
- * KATUS S.H. (1992), "Three Types of E.D.I. Contracts", in *Law, Computers & Artificial Intelligence*, 1992/3, pp. 259-273. Voir aussi § 1,2.
- * KATUS S.H. (1993), "Aansprakelijkheidposities in een EDI-omgeving", in R.E. VAN ESCH & C.PRINS (eds), *Recht en EDI*, Kluwer, Deventer , 1993, pp.53-84.
- * KATUS S.H. (1992), "De aansprakelijkheidsaspecten van EDI en het Ediforum Contract",
- * KRUTHOF R. (1979) in : H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad*, Kluwer, Antwerpen, 1979, n°27 et suivants (ci-après cité : *Onrechtmatige daad*).
- * LUCAS de LEYSSAC C. (1987), "Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique", *Expertises*, n° 97, juillet-août 1987, p. 262.
- * MADELIN A. (1987), En préface de l'ouvrage *Informatique et droit de la preuve*, éd. Des Parques, 1987.
- * NUCHELMANS D., PAGANO G. (1991), "Les entreprises publiques autonomes", *C.H. CRISP*, 1991, n° 1321-1322, pp. 72 et s.
- * PIETTE-COUDOL Th. (1992), "Quelle place pour l'Editerm parmi les instruments juridiques de validation de l'EDI?", Actes de la Journée d'information, *op.cit.*
- * POULLET Yves (1992), "Droit de la preuve : de la liberté aux responsabilités. Quelques réflexions de droit continental européen", Colloque Montréal, 1992, à paraître.
- * RONSE J, DE WILDE L. (1984), *Schade en schadeloosstelling*, E. Story-Scientia, 1984, n° 31.
- * SAVAGE N. & WALDEN I. (1989), "International Trade Law and UNCID", *EDI and the Law*, Blenheim Online, London, 1989, p.71.
- * SCHUTTE H. (1993), "Case study on interchange agreements", Actes de la Journée d'information *EDI : les Contrats d'Interchange*, EDIFrance et Forum du droit et des Affaires, Paris, 11 juin 1993.

- * SYX D. (1982), "Juridische facetten van het elektronisch betalingsverkeer", uitgave Kredietbank, 1982, pp. 76-77.
- * TROYE Anne (1993), "L'accord modèle européen pour l'EDI", Actes de la Journée d'information *EDI : les Contrats d'Interchange* organisée par EDIFRANCE et le Forum du droit et des Affaires, Paris, 11 juin 1993.
- * United Nations, TRADE/WP. 4/ R.697, 6 août 1992.
- * WANG G.K. (1991), *La responsabilité des opérateurs de réseau en EDI*, Etude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes (TEDIS), juillet 1991, p. 32.
- * WALDEN I., SAVAGE N. (1989), "The legal problems of paperless transactions", *Business Law*, 1989, p. 104.
- * XUEREF C., BROUSSE P. (1992), "Les Editerms pour traiter les problèmes juridiques de l'Echange de Données Informatisées, *D.I.T.*, 1992/3, pp. 7-13.
- * *Computerrecht* 1992/2, p. 59 et s.